Nestor Távora
Rosmar Rodrigues Alencar

Comentários ao ANTEPROJETO DE LEI ANTICRIME

Tripartido em três Projetos de Lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional

Nestor Távora

Ex-Defensor Público – AL. Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pelas Faculdades Jorge Amado. Professor da Escola de Magistrados da Bahia. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Professor da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes. Professor da Faculdade Baiana de Direito nos cursos de graduação e Pós-Graduação. Coordenador da pós-graduação em Direito e Processo Penal no IMADEC e no IGD.

E-mail: *nestor@nestortavora.com.br*
Instagram: *@nestor_tavora*

Rosmar Rodrigues Alencar

Juiz Federal – AL. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Especialista em Direito Processual Penal (FESMP/RN). Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). Professor Titular do UNIT/AL. Professor da Faculdade Seune/AL. Professor em cursos de pós-graduação e na Escola Superior da Magistratura de Alagoas. Membro da Academia Maceioense de Letras, da Associação de Juízes para a Democracia - AJD e do IBCCRIM. Ex-Promotor de Justiça – RN. Ex-Defensor Público da União. Ex-Juiz Militar do CPJ/AL.

E-mail: *rosmar.antonni@gmail.com*
Facebook: *Rosmar Rodrigues Alencar*
YouTube: *Rosmar Rodrigues Alencar*
Instagram: *@rosmar_rodrigues_alencar*

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: https://www.editorajuspodivm.com.br/sac

ISBN e-Book: 978-85-442-2669-8

SUMÁRIO

ANTEPROJETO DE LEI ANTICRIME E SUA TRIPARTIÇÃO EM TRÊS PROJETOS DE LEI

1. EM TORNO DOS OBJETIVOS DO ANTEPROJETO "ANTI-CRIME"

A denominação do pacote, conhecido como "anteprojeto anticrime", consoante denominação dada pelo Ministro da Justiça, tem sentido populista, considerando que a noção de "anticrime" é uma contradição em seus próprios termos. A escolha indica que quem o redigiu desconsiderou, inclusive, avanços da ciência, nas áreas do direito processual penal, do direito penal e da criminologia.

O leitor perceberá que, em boa medida, as sugestões documentadas nos artigos do anteprojeto representam, a um só tempo, a tentativa:

(1) de legalizar práticas que, durante a conhecida "operação lava-jato", foram expostas como ilegais, inconstitucionais e/ou eivadas de nulidade absoluta;

(2) de fazer prevalecer a vontade do autor da proposta, diante da não contemplação de teses pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da constitucionalidade duvidosa e da dissonância relativamente à legislação;

(3) de imunizar-se contra alegações de vícios graves, seja no que concerne à prova, seja no que tange ao procedimento; e

(4) de neutralizar argumentos acadêmicos que, no curso daquela investigação e processo, alertaram sobre as deformidades processuais penais e de direito penal.

Tirante raríssimos pontos do anteprojeto, mais de um motivo lastreiam a nossa discordância acerca de seu teor, abrangência, sentido e alcance, mormente por consistir em tentativa de minar valores humanos e constitucionais, conforme veremos.

2. O APELO POPULISTA E O APOIO MIDIÁTICO AO DISCURSO DO "COMBATE" AO CRIME

Sobre o populista termo anticrime, adotado por esse projeto punitivista recente, Luciano Nascimento Silva, pesquisador em direito penal, em texto inédito, questionou: "Um projeto jurídico anticrime? Existe projeto jurídico prócrime, taxativamente falando? Que linguagem é esta? Qual seu sentido?"[1]. Iñaki Rivera Beiras, importante Professor da Universidade de Barcelona, analisando outro palco, mas que calha ao caso brasileiro atual, adverte que, "evidentemente, o 'problema da segurança' foi construído de modo meramente populista". E explica que "o recurso à 'ameaça terrorista', à chamada 'insegurança cidadã', aos 'perigos da imigração' e outros clichês semelhantes, representa a versão mais aguda do populismo punitivo que se emprega – e não somente pelos partidos de direita ideológica – com fins estritamente eleitorais e de consolidação de consensos que somente buscam a perpetuação no poder"[2].

De fato, como metodologia de aproximação da temática, devemos anotar uma grande interrogação: projeto de lei anticrime? Isso porque o midiático "endurecimento" de leis criminais não é coisa nova. Para se ter uma ideia, ler a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 é providência ilustrativa[3].

Nessa época, o discurso era o mesmo: de "combate" ao crime por meio de ampliação de possibilidades de prisão, redução de hipóteses de soltura, evitação de reconhecimento de nulidades e limitações à atuação da advocacia. São apenas alguns exemplos, daquele período.

De lá para cá, foi multiplicado o cardápio do "combate" ao delito, não somente pela proliferação de leis alinhadas ao punitivismo, mas também pelo incentivo ao protagonismo judicial como ator da "luta" contra o crime e pela divulgação da cultura de que a eficiência do processo penal se dá com a maximização do encarceramento. A Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/1990 - é um dos melhores exemplos daquele "endurecimento". O CPP também é ótimo exemplo revelador de um vetusto "combate".

De logo, registramos que é equivocado o discurso de combate. Esse discurso segue linha de uma "crimininologia midiática", criando uma realidade geradora de

1. SILVA, Luciano Nascimento. *Projeto de lei anticrime*. Disponível em: <https://www.facebook.com/luciano.n.silva>. Acesso em: 06 fev. 2019
2. BEIRAS, Iñaki Rivera. *Pena criminal*: seus caminhos e suas possíveis formas. Tradução: Denise Hammerschmidt. Curitiba: Juruá, 2012. p.138.
3. BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro de 1941*. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2019

"pânico na sociedade a ponto desta reclamar uma repressão enorme", devendo assim ser feito, haja vista que "é necessária para normalizar a situação e reequilibrar o sistema", como pondera Eugenio Raúl Zaffaroni[4]. A lei não combate o crime, eis que somente é aplicada após a ocorrência daquele. Não é atribuição do juiz combater o crime, mas aplicar o Direito, especialmente a Constituição e as leis compatíveis com esta.

Para os propósitos do projeto ora analisado, o aumento de vagas nas prisões seria somente um "detalhe", notadamente diante daqueles que formam a fortaleza que impulsionou a facilitação da punição e a obstaculização contra as chances de defesa. A vingança ao crime, nesse contexto, é um óbice ao alcance civilizatório. A defesa, nesse contexto, seria mais de natureza embelezadora, eis que as dificuldades ínsitas ao cenário de seu exercício impedem sua plenitude.

Era de se esperar – se fôssemos confiar nos objetivos de lei mais dura e combativa – que crimes não mais ocorressem. Ou não? Nós testemunhamos, ao longo da história do Brasil, o nascimento de leis com punições maiores, regimes mais gravosos, permeabilidade a "condenações" céleres, dentre outras. Poderíamos indagar, por que ainda há crimes de homicídio, estupros, roubos e outros? Agora, a genialidade da hora traz um termo, "bonito" (para alguns, talvez).

"Projeto de lei anticrime"? Será que, no dia seguinte a sua vigência – caso ocorra –, será estancada a prática de "crime"? Ou, depois do crime, haverá um antídoto que reverta seus efeitos? De outro modo, não teremos mais problemas? Se cumprido seu enunciado, devemos esperar que essa lei (mais uma) seja um impedimento eficaz ao delito, é isso? Mais prisões? A lei anticrime será compatível com as vigas centrais da Constituição de 1988? As garantias que constituem o núcleo duro do processo penal civilizado sobreviverão? Ou nada disso importa à humanidade? Mais e mais, precisaremos sustentar o escudo dos valores constitucionais que foram construídos com muito sangue derramado.

Assim diz a história. História? A fundamentação histórica dos direitos humanos é narrada por Fábio Konder Comparato[5].

4. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p.129.
5. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.37.

PROJETO DE LEI – I
(Medidas contra a corrupção)

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

1. FALTA DE OBSERVÂNCIA DE TÉCNICA LEGISLATIVA

A ementa do anteprojeto denuncia que quem o escreveu não atendeu as regras de técnica legislativa previstas na Lei Complementar nº 95/1998. Isso porque, em um só anteprojeto, reúne modificações sobre, nada menos, 13 (treze) diplomas legislativos, que tratam de variados assuntos que repercutem, especialmente, sobre as grandes áreas do direito penal, processo penal e execução penal.

Decerto, nos termos daquela Lei Complementar, não seria possível reunir tantos assuntos, ainda que sob a alegação de conexão, por ser esta não essencial em face da diversidade de campos de conhecimento de natureza criminal[6].

É verdade que o pouco apreço do inventor do diploma anticrime pelas leis do país e – sobremodo – pela Constituição de 1988 não é novidade. Também é verdade que de última hora o projeto foi tripartido, atendendo a exigências (ou pressões) do Poder Legislativo.

6. De acordo com o gizado na Lei Complementar nº 95/1998, "Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva; IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Diante da relevância dos problemas que daí podem decorrer, vamos relacionar e especificar os assuntos das leis que se deseja modificar, enfatizando a diversidade de temas que cada uma cuida, malgrado tenham em comum, ainda que algumas de forma remota, o aspecto penal:

(1) Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

(2) Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941(Código de Processo Penal);

(3) Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal);

(4) Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências);

(5) Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências – improbidade administrativa);

(6) Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal – interceptações telefônicas);

(7) Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências);

(8) Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003 (dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências);

(9) Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências);

(10) Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008 (dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências);

(11) Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 (dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal);

(12) Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências);

(13) Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018 (dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins).

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

2. DESCRIÇÃO INCOMPLETA DO OBJETO DA LEI

O enunciado foi redigido de forma incompleta. Isso porque o primeiro artigo de um texto legislativo deve indicar o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação. No entanto, ele foi demasiadamente lacônico, ocultando que afeta não somente âmbitos do direito penal, mas também do direito processual penal e de execução penal, indo bem além de uma área criminal.

Decerto, como justificar modificações no campo processual penal, além das legislações extravagantes que repercutem em campos que podem ir bem além do criminal, a exemplo daqueles que rezam sobre identificação criminal ou que interferem no procedimento para apuração de atos de improbidade administrativa? A baixa organização do documento intitulado de projeto anticrime salta aos olhos. O que se quer dizer com a expressão "estabelece medidas contra a corrupção"?

A seguir, veremos que o texto anteprojeto antidelito se divide em vinte tópicos, salientando sua lamentável forma de estruturação, de sentido e de função que propõe. Além de parca técnica de redação, o texto segue na contramão de tudo que a academia avançou em termos de humanização do direito processual penal.

Pelo teor dos seus tópicos, já se depreende populismo, eficientismo, punitivismo e pouca preocupação com o ser humano pelo uso de termos vulgares como: "aumentar a efetividade", "endurecer", "elevar penas", "aprimorar", "autoridades com foro", " melhor criminalizar o caixa dois", "dificultar a soltura", "criminosos habituais", "informante do bem ou do '*whistleblower*'" e "facilitar o julgamento".

3. RELAÇÃO DO PROJETO DE LEI COM AS VINTE MEDIDAS DO PACOTE ANTICRIME

O primeiro projeto de lei, aqui analisado, encampa quase a totalidade das vinte medidas expostas no originário "anteprojeto anticrime", apresentado à mídia antes de ser debatido ou enviado ao Congresso Nacional.

Eis a descrição dos tópicos, cujos conteúdos examinaremos detalhadamente adiante, com comentários, artigo por artigo:

I) Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância;

II) Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri;

III) Medidas para alteração das regras do julgamento dos embargos infringentes;

IV) Medidas relacionadas à legítima defesa;

V) Medidas para endurecer o cumprimento das penas;

VI) Medidas para alterar conceito de organização criminosa;

VII) Medidas para elevar penas em crimes relativos a armas de fogo;

VIII) Medidas para aprimorar o perdimento de produto do crime;

IX) Medida para permitir o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública;

X) Medidas para evitar a prescrição;

XI) Medida para reformar o crime de resistência;

XII) Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade;

XIII) Medidas para alteração de procedimento para facilitar o julgamento de crimes com autoridades com foro;

XIV) Medida para melhor criminalizar o uso de caixa dois em eleições;

XV) Medidas para alterar o regime de interrogatório por videoconferência;

XVI) Medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais;

XVII) Medidas para alterar o regime jurídico dos presídios federais;

XVIII) Medidas para aprimorar a investigação de crimes;

XIX) Introdução do “informante do bem” ou do *whistleblower*;

XX) Medidas para alteração da competência para facilitar o julgamento de crimes com autoridades com foro.

Vejamos cada um desses tópicos que constituem a suma do pacote do Ministro da Justiça, agora enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, por intermédio de três projetos de lei.

3.1. Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância

O título é seguido de dispositivos que não observam a ordem numérica. Perceberemos que as sugestões esbarram em problemas de ordem sistemática, seja de respeito à ordem constitucional, seja de coerência com a legislação já em vigor. A pressa é marca característica de suas disposições, direcionando a pretensão de modificar, suprimir e/ou inserir *caput* e/ou parágrafos: (a) ao Código de Processo Penal, arts. 122, 133, 283, 617-A, 637 e 638; (b) ao Código Penal, arts. 50 e 51; e (c) à Lei de Execução Penal, art. 105, 147 e 164.

3.2. Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri

Que finalidade tem o direito processual penal? Ele serve – como instrumento – à punição? Que significa aumentar a efetividade da garantia fundamental do Tribunal do Júri, inserta no art. 5º, da Constituição de 1988? Incrementar a efetividade do Tribunal do Júri quer dizer punir mais e mais rápido? Qual a natureza das normas de direito processual penal?

Duas perspectivas podemos enfrentar:

(1) a primeira, punitivista e eficientista;

(2) a segunda, garantista e científica.

Para a primeira perspectiva, punitivista, o direito processual penal serviria para punir (primeira finalidade). A sua eficiência seria traduzida na aplicação da pena, permeada pela impaciência do senso comum, isto é, os que assim entendem clamam por celeridade na punição. A vingança continuaria presente, para satisfazer a ânsia popular de castigar, não pelas próprias mãos, mas pelas mãos do Estado-julgador, implacável. A segunda finalidade – segundo pensam – seria a outorga da paz social. Porém, não explicam como a punição, o castigo e o processo criminal podem trazer paz para a vítima, para a sua família ou para a sociedade. A punição se justifica como fim, desprezando os meios, valendo mais a punição, ainda que represente

um custo alto. O maior poder do juiz seria, sob essa visão, o de prender, de cercear a liberdade do ser humano.

Sob o ponto de vista da segunda perspectiva, a finalidade do processo penal é a de escudo da liberdade, de proteção de salvaguarda dos direitos fundamentais. Garantismo deve significar a ação de cumprir a Constituição. Nessa ótica, "ser muito garantista" – qualidade pregada, com ódio, pelos punitivistas – significa "ser muito cumpridor da Constituição. Então, indagamos, é ruim "cumprir muito a Constituição"? Essa postura, por outro lado, prestigia os valores científicos e liberais hauridos a partir do derramamento de sangue que ensejou a produção de grandes declarações de direitos humanos. Científico porque os direitos fundamentais de primeira geração, ao proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado, exige conhecimento, somente sendo possível impor pena se forem seguidos os rigorosos trilhos legais[7], método, prova e limites para que seja firmada a culpa de alguém. É a garantia de que só é possível impor pena se forem seguidos os rigorosos trilhos legais. O maior poder do juiz, nesse sentido, não seria o de prender, mas o de conceder a liberdade, não sendo valioso punir de qualquer maneira. Não se deseja vingança, mas aplicação do direito numa civilização.

Diferenciada essas noções, perguntamos, qual a natureza do júri? E respondemos: a de direito fundamental de primeira geração, que visa tutelar a liberdade do imputado contra o Estado. Que significa eficiência no tribunal popular? Proteger o indivíduo contra o arbítrio, o abuso de poder. Foi ele instituído como garantia. Desta sorte, não é correta a interpretação que torna o resultado condenatório do júri algo pior do que aquele conduzido pelo juiz singular. Isso significa dizer que o júri deve ser entendido como reforço de garantia contra o arbítrio e a vingança e não como meio para constranger o imputado, execrá-lo ou facilitar sua punição.

Este tópico intenta modificar e/ou inserir *caput* e/ou parágrafos ao Código de Processo Penal, repercutindo nos arts. 421, 492 e 584.

3.3. Medidas para alteração das regras do julgamento dos embargos infringentes

Pensamos que a alteração proposta é inconstitucional, a par de desnecessária. Tende a aumentar as possibilidades recursais do Ministério Público, mantendo a

7. Como aduz Rubens Casara, "a função jurisdicional é uma atividade estatal de natureza cognitiva e, portanto, é impossível pensa-la desassociada da busca da verdade. Procura-se conhecer a verdade, reconstruir, na medida do possível, um fato histórico. Registre-se, porém, que os atores jurídicos devam reconhecer os limites humanos que impedem a descoberta da verdade" (CASARA, Rubens R. R. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Estúdio Editores, 2014. p.19).

defesa em patamar inferior, com carência de armas. A acusação já tem nas mãos um grande número de recursos.

Por exemplo, as hipóteses de recurso em sentido estrito, do art. 581, do CPP, são, em maior número, privativas da parte acusadora. O réu não tem possibilidade de recorrer em várias hipóteses em que a correlata decisão comporta recurso em sentido estrito (o MP pode recorrer da decisão que rejeita a denúncia, o acusado não tem recurso contra a decisão que a recebe).

De tal modo, diminui a abrangência do princípio da ampla defesa a restrição do objeto dos embargos infringentes e de nulidade, bem como a falta de menção de que são recurso somente interponível em favor do réu.

Este tópico direciona a alteração para os parágrafos do art. 609, do Código de Processo Penal.

3.4. Medidas relacionadas à legítima defesa

O Código Penal contempla hipóteses que, a nosso aviso, já são suficientes para abarcar situações de legítima defesa, dentre outras excludentes de ilicitude. De tal modo entendemos as mudanças alvitradas desnecessárias e, em muitos pontos, inconstitucionais. Na forma como descrita, o anteprojeto visa agigantar os agentes do Estado, em detrimento do indivíduo.

As “medidas relacionadas à legítima defesa” propõem alterar, suprimir e/ou inserir *caput* e/ou parágrafos: (a) ao Código Penal, arts. 23 e 25; e (b) ao Código de Processo Penal, art. 309-A.

3.5. Medidas para endurecer o cumprimento das penas

Triste o uso do termo vulgar “endurecer” em um documento pretensamente público, embora feito de forma “enfurnada”, solitariamente, pelo proponente.

O alvitre de anteprojeto desconsidera todo o sofrimento dos que respondem à investigação criminal, notadamente dos que estão recolhidos em celas, em ambientes com grades.

Em suma, a proposta visa aumentar o sofrimento, sofrimento este que, segundo pensamos, não é só do imputado, mas da vítima e de todos que ficam no entorno da expectativa de ver o suplício do acusado de um crime.

Sob essa advertência, o processo e a duração da pena prolongam a violência, sofrida pelo imputado, sofrida pelo ofendido e por sua família. O anteprojeto representa a vitória da barbárie em detrimento de uma tentativa de projeto civilizatório.

O objeto de tais medidas é alterar, suprimir e/ou inserir *caput* e/ou parágrafos: (a) ao Código Penal, arts. 33 e 59; (b) à Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/1990, art. 2º; e (c) à Lei do Controle do Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013, art. 2º.

3.6. Medidas para alterar conceito de organização criminosa

O conceito de organização criminosa é recheado de abertura conceitual. O próprio nome "organização" é, em certa medida, indeterminado. A depender do ponto de vista, o que é organizado por ser entendido como desorganizado. Por exemplo, há quem diga que presidiários atirando pedras, disparando armas em péssimo estado de conservação, com celulares e correndo sem camisa, para um lado e para o outro constituem "organização criminosa". De outro prisma, pode-se entender que eles estão agindo desordenadamente, embora cometendo crimes. Seriam, assim, uma "desorganização criminosa".

Tirante essa digressão, fato é que temos conceituada a expressão organização criminosa. Não vemos necessidade de alteração, muito menos para introduzir casuísmos ou exemplos, por considerar que seria má técnica legislativa.

Este tópico direciona a alteração para o art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013.

3.7. Medidas para elevar penas em crimes relativos a armas de fogo

O aumento de penas nunca foi capaz de evitar crimes ou debelar ocorrências. As causas do delito são muito mais complexas e difíceis de controlar. Os delitos que envolviam porte de arma de fogo eram, anteriormente a 1997, contravenções penais. Daquele período aos dias atuais, o legislador impôs penas maiores, debalde.

Pensamos que não deve haver fomento, incentivo, ao uso de armas de fogo – posse ou porte. No entanto, também entendemos que a legislação simbólica, com incremento de sanções penais, não é via adequada e que agrava o problema criminal.

O ponto pretende modificar o art. 20, do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003).

3.8. Medidas para aprimorar o perdimento de produto do crime

Que significa aprimorar o perdimento de produto do crime? O texto não o diz. Se tomarmos em consideração o examinado até aqui, as medidas serviriam para piorar a qualidade de nossa legislação.

De fato.

O Ministro da Justiça tenta inserir cláusulas abertas que parecem querer justificar condenações que proferiu quando juiz.

A escolha das palavras em uma legislação é por demais importante.

Se, em uma lei penal – que tem como valor caro a legalidade estrita – ocorre a inclusão de termos vagos para permitir a conclusão de que alguém logrou proveito com a prática de uma infração, sufragaremos condenações com base em suposições. Tal proceder é inconstitucional: viola a presunção de inocência, fere o direito de propriedade, olvida o cânone da culpabilidade que coroa a teoria do crime.

Deseja-se, com as medidas epigrafadas, inserir o art. 91-A e parágrafos ao Código Penal, bem como o art. 124-A, ao Código de Processo Penal.

3.9. Medida para permitir o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública

Entendemos que a permissão de uso não deve significar usurpação da propriedade privada. Também não deve legitimar a tomada de decisões provisórias sobre o título dominial, sem que haja garantia de responsabilização dos agentes estatais.

O presente tópico consiste no intento de introduzir o art. 133-A, ao Código de Processo Penal.

3.10. Medidas para evitar a prescrição

Mais uma vez transparece o ranço persecutório ao acusado e aos advogados: "medidas para evitar a prescrição"? O punitivismo é eleito como algo bom pelo signatário do anteprojeto, como é cediço.

As medidas em tela visam inserir incisos aos art. 116 e 117, do Código Penal.

3.11. Medida para reformar o crime de resistência

Mais uma medida punitivista de índole fascista por realçar a posição do Estado policial em detrimento do cidadão, propondo modificar e/ou incluir parágrafos ao art. 329, do Código Penal.

3.12. Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade

A pretensão é de alargar o *plea bargain* no Brasil, para que a solução negociada se dê sem peias. A empolgação com a tentativa de fazer prevalecer o acordo sobre o

legislado[8] levou o proponente a sugerir mudanças também em lei de natureza civil, a de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), denunciando sofrível técnica legislativa e pressa.

Entendemos inconstitucional a ampliação da barganha porque é refratária à efetividade das garantias. Trata-se de limitação pactuada de direitos, sem exame acurado de provas. A Constituição apenas previu, em seu art. 98, transação penal para crimes de menor potencial ofensivo[9].

A Lei nº 12.850/2013 e outras leis contém previsão de colaboração premiada. Sem embargo, agora se quer autorizativo amplo, para que o Ministério Público negocie a aplicação imediata de penas. Isso corrói o sistema constitucional de direitos fundamentais, fere a Constituição.

Na prática, teremos maior encarceramento, para além da superlotação dos presídios.

Para ilustrar a apreensão dos estudiosos no tema, trazemos à baila a palavra de Aury Lopes Jr, para quem "a ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões". No entanto – prossegue o jurista – "é preciso compreender que nosso sistema jurídico (*civil law*) impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada no que se refere à quantidade de pena – como a proposta pelo projeto 'anticrime' do governo federal – que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano (*common law*)". Deveras, "uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal, na medida em que legitima em larguíssima escala a 'aplicação de pena privativa de liberdade sem processo'". Daí a pergunta central que formula o processualista: "qual o espaço de negociação que nosso sistema admite e tolera, sem gravíssimo prejuízo para a qualidade da administração da Justiça?"[10].

8. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal*: estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.576 e seg.
9. Seguimos o magistério de Geraldo Prado, conforme tese de seu doutoramento (PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.25-27).
10. Ainda, no mesmo estudo, Aury Lopes Jr adverte que, "nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a 97% nos casos federais e até 99% em Detroit. Significa dizer que 9 de cada 10 casos criminais são resolvidos com a aplicação de uma pena sem nenhum processo, sem contraditório e sem produção de provas". Aliás, é de ver que "o *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal. É verdade que o projeto tenta dar maior protagonismo para o juiz, inclusive permitindo que não homologue o acordo quando 'as provas existentes no processo forem insuficientes para uma condenação criminal'. Mas isso é simbólico e meramente sedante, pois não resolve o problema e serve como mero paliativo a uma (apenas uma) das críticas ao modelo de ampla negociação que pretende implantar" (LOPES JR, Aury. Adoção do 'plea bargain' no projeto anticrime: remédio ou veneno. *Conjur*: limite penal, 22 fev. 2019. Disponível em:

Marcelo Semer, a propósito, indaga, de forma desconcertante: "não dá para dizer exatamente que a *plea bargain* foi um sucesso nos Estados Unidos, não é mesmo?" Isso porque eles alcançaram "um patamar de 2,5 milhão de presos, maior cárcere do mundo em termos absolutos e proporcionais, com 800 presos por 100.000 habitantes". Os Estados Unidos têm "ótimos exemplos em muitas áreas". No entanto, no sistema penal, eles não são exemplo e isso "é internacionalmente reconhecido e nacionalmente também"[11].

Com as medidas para introdução de soluções consensuais no processo penal, visa-se inserir, suprimir e/ou modificar enunciados: (a) do Código de Processo Penal, arts. 28-A, 395-A; e (b) Lei de Improbidade Administrativa, art. 17.

3.13. Medidas para alteração de procedimento para facilitar o julgamento de crimes com autoridades com foro

A ideia de "facilitar o julgamento" não deve implicar suplantação de regras importantes para a proteção de direitos fundamentais, para a produção de prova lícita e para sustentação dos pilares do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, defendemos que a punição não pode se legitimar ao alvedrio da estrutura constitucional.

O art. 84-A, do Código de Processo Penal, é o dispositivo cuja inserção é sugerida.

3.13. Medida para melhor criminalizar o uso de caixa dois em eleições (em separado – Projeto de Lei – II: crime de caixa dois)

A estratégia de estabelecer previsão legal considerando fatos passados que não eram regulamentados parece ser uma constante no anteprojeto. Caixa dois é crime? Haverá "melhor criminalização" do uso de caixa dois em eleições? Ou não era criminalizado?

A alteração indicada visa inserir o art. 350-A e parágrafos, ao Código Eleitoral.

3.14. Medidas para alterar o regime de interrogatório por videoconferência

O direito do imputado ser ouvido na presença do juiz é inerente ao ideal de humanização do processo penal. O interrogatório por videoconferência foi instituído com fundamento em situações de excepcionalidade. Quando do seu advento, apresentamos sérias objeções ao seu uso. A substituição do momento de diálogo que

<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 05 mar. 2019).

11. SEMER, Marcelo. Lei anticrime de Moro é um dos documentos mais simplórios que já tive acesso. *Vice*, 04 fev. 2019. Disponível em: <https://www.vice.com/pt_br/article/wjmnmw/lei-anticrime-de-moro-e-um-dos-documentos-mais-simplorios-que-ja-tive-acesso>. Acesso em: 06 mar. 2019.

deve ter o juiz com o acusado por sistema televisivo é refratária ao cuidado com os direitos humanos que se deve ter.

Não demorou para que diversos órgãos do Estado transformassem o que era exceção em regra: o interrogatório passou a ser realizado por videoconferência, sob argumentos como carência de agentes penitenciários para realizar a condução ao fórum, falta de recursos financeiros diante dos custos com o deslocamento, dentre outras razões de natureza econômica, na linha pragmática que coloca o indivíduo com ser desprezível relativamente ao Estado.

Na prática, a medida finda por encarcerar mais facilmente os presos. As palavras justificadoras são "estatística", "maior número de audiências" e "celeridade". Em segundo plano restará o direito do réu de ser ouvido, paciente e cuidadosamente, pelo juiz, em ambiente que não lhe seja hostil ou dificultoso, ou seja, com todas as chances para que possa exercer direito de defesa ampla.

Se o Estado não tem condições econômicas para honrar com os custos de um ser humano preso, com todos os direitos que compõem sua dignidade, a persecução penal e a prisão se convolam em prática autoritária e arbitrária. O motivo econômico alegado não poderia transformar o ser humano em instrumento, eis que, na concepção kantiana, deve ser considerado fim em si mesmo.

A título exemplificativo, vale citar o caso do Estado de Alagoas, noticiado na página do Tribunal de Justiça. Segundo consignado, a videoconferência "está disponível em todas as varas criminais do Estado e permite que sejam realizadas audiências com réus e testemunhas sem que essas pessoas precisem se deslocar ao fórum". Em tom de comemoração, prossegue explicando que "no Judiciário alagoano, 6.322 audiências por videoconferência já foram realizadas desde a implantação do sistema e aproximadamente 500 audiências estão agendadas para as próximas semanas". Nesse passo, teria havido "aumento no número de audiências realizadas, uma vez que não há necessidade do transporte do preso para o fórum e isso tem viabilizado e tem empreendido uma maior celeridade na instrução processual". Aliás, "além da celeridade, a videoconferência também proporciona economia", isso porque "acelera muito o tempo do processo e poupa uma série de recursos humanos e econômicos do nosso Estado. Também podemos fazer isso para oitiva de testemunhas, o que pode significar uma melhora muito grande da qualidade da prova obtida"[12].

Acompanhando a onda da economia, esse discurso foi adotado também pela Justiça Federal no mesmo Estado, sob a alegação de que "o sistema é positivo porque traz mais segurança processual e permite a economia de recursos", arrematando

12. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Videoconferência dá mais segurança e agilidade a processos criminais. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia¬=13660>. Acesso em: 15 fev. 2019.

que, "com a videoconferência não há necessidade de deslocar uma escolta para acompanhar o preso e não há preocupação com a logística de transporte deles"[13].

Como se depreende, os princípios constitucionais, nessa toada, seria mero detalhe irrelevante. A dignidade não importa: nem a humana, nem a do Estado em cumprir seu dever de tutelar direitos.

A sugestão é de modificação da sistemática do art. 185, do Código de Processo Penal, com inclusão de parágrafos e incisos.

3.15. Medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais

Estarrecedor o título "medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais".

Dificultar a soltura com qual argumento racional? O que menos interessa aos fins do anteprojeto é a racionalidade.

Criminosos habituais? Que isso significa? Homem mau? Qual o sentido impregnado no conceito de "criminoso"? Devemos usar essa palavra em texto legal estatal ou ela abre espaço a violações a direitos do ser humano?

Quem redigiu o projeto, certamente, não se preocupou em examinar o extenso repertório de estudos científicos que ajudam a compreender essas questões.

Objetiva-se, com essas medidas, modificar o art. 310, do CPP, com desdobramento de parágrafo.

3.16. Medidas para alterar o regime jurídico dos presídios federais

Se pode ser necessária melhor delimitação de competências e atribuições dos juízes, autoridades policiais e diretores de estabelecimentos penitenciários, certo é que não da maneira como proposta no anteprojeto "anticrime".

De outro lado, não é constitucional o recrudescimento da forma de cumprimento de pena, para desumanizar ainda mais as condições da execução penal, ofendendo o acusado não apenas quando a penitenciária não dispõe de um ambiente salubre, mas também quando lhe afeta o equilíbrio mental.

---

13. BRASIL. Justiça Federal em Alagoas. *Justiça Federal assina convênio com TJ para utilização de sistema de videoconferência com réus presos*. Disponível em: <http://www.jfal.jus.br/noticias/4030>. Acesso em: 15 fev. 2019.

Em outras palavras, isolar o apenado, suprimir suas potencialidades, vedar ainda que parcialmente seu contato com familiares ou com advogados são medidas cruéis, proibidas pela Constituição.

A modificação sugere recair sobre a Lei nº 11.671/2008, modificando e/ou incluindo os arts. 2º, 3º, 10, 11-A e 11-B.

3.17. Medidas para aprimorar a investigação de crimes

É provocativo o tópico que diz tratar de "medidas para aprimorar a investigação de crimes", mas que inicia com enunciado que se aplica a pessoas já condenadas, depois que todo tipo de investigação e de instrução já se encerrou. A coleta de material genético da pessoa condenada, para fins de formação de um perfil genético em base de dados, é matéria de intensa controvérsia. Está, inclusive, sob debate no STF. Sem considerar o seu uso futuro já é, ainda assim, fonte de intensas divergências.

Se tivermos de levar em conta a tentativa de uso do perfil genético para investigações de delitos futuros, haverá maior acirramento de entendimentos divergentes. O § 2º, do art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, prevê, em dispositivo de duvidosa constitucionalidade inserido pela Lei nº 12.654/2012, que "a autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético". Pensamos não ser possível premunir o Estado com elementos para facilitações de investigações de eventuais infrações penais vindouras atribuídas ao mesmo réu. Garantias decorrentes do princípio da autodeterminação informativa estariam fadadas à inefetividade.

De compasso com Geraldo Prado, "o chamado direito à autodeterminação informativa, compreendido como direito de o sujeito sobre o qual são armazenadas informações conhecer previamente os limites de emprego futuro dessas mesmas informações, está previamente prejudicado". Esse problema pode ser agigantado caso não seja respeitado os subcritérios constitutivos do princípio da proporcionalidade e que devem orientar o deferimento da medida[14].

No entanto, a voracidade da vontade de punir é um buraco sem fundo que busca devastar todos os limites.

A sugestão tem o fito de propor alteração, supressão e/ou inclusão que repercute: (a) na Lei de Execução Penal, art. 9º-A; (b) na Lei nº 12.037/2009 (identificação

14. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.268-269.

criminal), art. 7º-A; (c) na Lei nº 9.296/1996 (interceptação telefônica), art. 9º-A; (d) na Lei de Drogas, art. 33; (e) na Lei nº 9.613/1998 (lavagem de valores), art. 1º; (f) no Estatuto do Desarmamento, arts. 17, 18 e 34-A; (g) Lei nº 12.037/2009 (identificação criminal), art. 7º-C; e (h) na Lei nº 12.850/2013 (controle do crime organizado), arts. 3º, 3º-A, 21-A e 21-B.

3.18. Introdução do "informante do bem" ou do *whistleblower*

O "informante" referido é, deveras, "do bem"? É profissionalização do denunciador anônimo? Informa "o bem" ou "o mal"?

Não é verdade que se está introduzindo essa nefasta figura no sistema brasileiro. Ele já existe, talvez em menor dimensão.

É também conhecido como "reportante".

De forma vulgar, poderia ser chamado de "dedo duro", diferente do delator ou colaborador. O delator é também imputado. O *whistleblower* – literalmente "soprador de apito", figura norte-americana, é um terceiro, sem relação com o fato objeto da notícia que leva à autoridade.

O propósito de receber valores em troca da informação prestada torna o instituto ética e filosoficamente criticável.

A Lei nº 13.608/2018 foi além da tradicional notícia do fato meramente apócrifa, ao prever a possibilidade de, por meio telefônico, qualquer pessoa reportar anonimamente um fato delituoso, preconizando a possibilidade de recebimento de dinheiro em troca da informação prestada, em compasso com a sua eficácia. A novidade tem inspiração estrangeira e, a nosso ver, é refratária à compatibilização com o sistema de garantias fundamentais. Essa legislação finda por fomentar o denuncismo, com a agravante de estabelecer um "preço" de troca.

Trata-se de modificação legislativa que recaiu sobre o art. 4°, da Lei n° 10.201/2001, que disciplina o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP, do Ministério da Justiça), com a inserção de dois incisos que preveem a possibilidade de notícia-crime apócrifa, garantindo o sigilo para o usuário. Entendemos que o seu valor como prova deve ser bastante reduzido, diante da informação comportar um "preço", por consistir em *notitia criminis* inqualificada e porque o anonimato é vedado pela Constituição.

As modificações sugeridas são direcionadas à legislação que passou a prever esse polêmico instituto, para inclusão dos arts. 4º-A, 4º-B e 4º-C, no texto da Lei nº 13.608/2018.

3.19. Medidas para alteração da competência para facilitar o julgamento de crimes com autoridades com foro (em separado – Projeto de Lei – III: competência da Justiça comum e da Justiça Eleitoral)

As mudanças visam assegurar a vontade do subscritor do anteprojeto. Como veremos, o objetivo é de garantir que a competência (atribuição) universal da entidade "operação lava jato" não seja objeto de desmembramento.

Cabe sublinhar que é perceptível que o fito da proposta alteradora é o de imunizar eventuais ilicitudes que tenham decorrido da incompetência do juízo curitibano, porquanto o argumento de ser o delito de corrupção conexo ao crime eleitoral é mais um daqueles que evidenciam a ausência de competência do juízo da 13ª Vara Federal do Paraná para a condução da maioria dos casos sob sua jurisdição.

A repetição da locução "para facilitar o julgamento" é extremamente lamentável. Entendemos que o julgamento criminal é sempre difícil, por estar em jogo a liberdade, o patrimônio, a vida de um ser humano. Facilidades que desprezem garantias fundamentais são justificativas torpes, sob essa ótica.

Este tópico contém medidas que intentam modificar e/ou inserir *caput* e/ou parágrafos: (a) ao Código de Processo Penal, repercutindo no art. 79; e (b) ao Código Eleitoral, por meio de Lei Complementar, recaindo sobre os arts. 35 e 364.

4. MUDANÇAS NO CÓDIGO PENAL

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 23. (...)
>
> § 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.
>
> § 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção." (NR)

4.1. Ampliação do alcance objetivo da legítima defesa

O § 1º deste dispositivo objeto de proposta de alteração repete a redação do parágrafo único, do art. 23, do Código Penal. A novidade fica por conta do § 2º que, a seu turno, aviva permissivo perigoso.

Com efeito, de acordo com ele, o juiz poderá aplicar redução de pena ou perdão judicial, toda vez que considerar que o excesso decorreu de:

(1) escusável medo: o medo, como regra está sempre presente em situações extremas, podendo significar licença para a polícia ou agentes de segurança pública abater pessoas, como denunciado pela crítica doutrinária[15]. No entanto, quanto ao ponto, Luís Greco – apesar de também condenar o projeto quanto às disposições sobre legítima defesa –, anota que, ao contrário do que se poderia cogitar, a aludida escusa não deve alcançar os agentes de segurança pública por conta de se esperar que, pelo preparo que se supõe devam ter, tenham capacidade de enfrentar situações extremas. Sem embargo, o anteprojeto não seria "de todo nocivo", por ser digna de discussão "a proposta de introdução de dispositivo sobre o excesso na legítima defesa, que opera como causa de diminuição de pena ou mesmo fundamento para um perdão judicial", previsão constante em "vários ordenamentos em que tradicionalmente nos espelhamos, como o alemão (§ 33 Strafgesetzbuch) ou o português

15. CAMARGO, Gilson. Projeto anticrime: licença para matar. In: *Extra classe*. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/exclusivoweb/2019/02/projeto-anticrime-licenca-para-matar/>. Acesso em: 13 fev. 2019.

(art. 33º)", que sufragam "esse instituto de forma expressa, e nossa melhor doutrina propõe o seu reconhecimento no Brasil"[16];

(2) surpresa: essa previsão não consta do Código Penal e tem o potencial de permitir que o agente sempre possa agredir alguém sob essa alegação, com forte dose de subjetividade;

(3) violenta emoção: a previsão já é superiormente regulada no texto do Código, com delimitação de sua abrangência de forma proporcional, a exemplo do § 1º, do art. 121, do Código Penal (homicídio privilegiado).

Pensamos totalmente irresponsável a modificação, evidenciando desconhecimento sobre problemas graves de violência urbana, inclusive policial. Na prática, pode legitimar e exacerbar ainda mais derramamento de sangue.

Alexandre Morais da Rosa, entendendo da maneira aqui exposta, acrescenta que a hipótese proposta consiste em "ampliação trágica da excludente de ilicitude da legítima defesa (licença para matar) para incorporar as hipóteses decorrentes de medo ou surpresa do agente", eis que o documento anticrime prevê que "a mera possibilidade sobre os fatos (imaginária, porque não verificável) autoriza alguém a matar". Como refere o processualista, também Luís Greco enxerga na proposta uma nociva "lógica de guerra"[17].

De acordo com o consagrado penalista, "uma leitura mais cuidadosa do adendo revela que ele, na verdade, é supérfluo. Afinal, ele inicia recordando que têm de ser *'observados os requisitos do caput'*. Se essa formulação for levada a sério, como o deveriam ser as palavras da lei, só se afirmaria a legítima defesa na presença de tudo o que está mencionado no *caput*". Por outro lado, consoante ainda aduz Luís Greco, "o mais problemático é que, se de fato se trata de aplicar o direito de guerra, ter-se-á um regime que trabalha com a dicotomia combatente/civil, e que permite não apenas matar os combatentes com dolo direto independentemente de um agressão atual" – a exemplo do que seriam os "abates de seres humanos", recentemente comentados na mídia – "como também matar civis, desde que como 'danos colaterais' de ações contra combatentes". Em outros termos, "a população das favelas poderá ser morta, com o consolo de que isso não ocorrerá de propósito, mas como dano colateral"[18].

---

16. GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas a legítima defesa no 'projeto de lei anticrime': proposta ou é supérflua, ou nociva. Em qualquer das duas hipóteses, ela não pode prosperar. *Jota*: penal em foco. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>. Acesso em: 05 mar. 2019.
17. ROSA, Alexandre Morais da. O projeto anticrime passaria no teste Kobayashi Maru. *Conjur*: limite penal, 01 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/limite-penal-projeto-anticrime-passaria-teste-kobayashi-maru>. Acesso em: 05 mar. 2019.
18. GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas a legítima defesa no 'projeto de lei anticrime': proposta ou é supérflua, ou nociva. Em qualquer das duas hipóteses, ela não pode prosperar. *Jota*: penal em foco.

"Art. 25. (...)

Parágrafo único. Observados os requisitos do **caput**, considera-se em legítima defesa:

I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes." (NR)

4.2. Ampliação do alcance subjetivo da legítima defesa

A intenção do proponente do documento "anticrime" é revelada no enunciado do art. 25. A primeira expressão que chama atenção: que são agentes de segurança pública? O texto é repetitivo quando alude "o agente policial ou de segurança pública". Seria necessário? Evidentemente que não. A previsão retrata uma patologia, cujo risco está no imaginário do seu criador.

Fernando Oliveira Samuel pondera que, "no caso brasileiro, a pergunta colocada sobre ser os membros do Judiciário agentes de segurança pública somente pode ter relevância por conta de circunstâncias específicas do momento histórico, que dizem respeito ao aumento da criminalidade (fato que é inegável)". Decerto – complementa o autor – seria muito difícil ver pertinência nesse questionamento "em uma sociedade com equilíbrio social visível, que as pessoas viventes tenham em seu benefício a fruição básica dos direitos sociais, como saúde, educação, moradia, a proteção à infância, previdência social e a própria segurança[19].

Quem serão considerados "agentes de segurança pública", caso seja aprovado o anteprojeto "anticrime"? Como se não bastasse essa preocupação, outra maior decorre das expressões abertas e que retratam a disposição de autorizar que os agentes estatais abatam pessoas em virtude de "risco iminente de conflito armado"?

Sabemos, na história brasileira, onde chegou esse tipo de ideia, incrustada na narrativa da violência policial em diversos estados.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>. Acesso em: 05 mar. 2019.

19. SAMUEL, Fernando Oliveira. *O problema carcerário brasileiro e o judiciário: juízes/as são agentes de segurança pública?* Reflexões sobre incoerência e alteridade. Brasília: IDP/EDB, 2017. 210f. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. p.60.

Pensamos – reitere-se – que o texto do Código Penal já é suficiente e tem técnica redacional superior e melhor se coaduna com o valor da dignidade da pessoa humana.

> "Art. 33. (...)
>
> § 5º Na hipótese de reincidência ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo.
>
> § 6º Na hipótese de condenação pelos crimes previstos nos art. 312, *caput* e § 1º, art. 317, *caput* e § 1º, e art. 333, *caput* e parágrafo único, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no *caput* do art. 59 forem todas favoráveis.
>
> § 7º Na hipótese de condenação pelo crime previsto no art. 157, na forma do § 2º-A e do inciso I do § 3º, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se as circunstâncias previstas no art. 59 forem todas favoráveis." (NR)

4.3. Conduta criminal habitual, reiterada ou profissional e insignificância de infração pretérita

As previsões dos parágrafos, que o Ministro da Justiça deseja acrescer, suprimem a eficácia do princípio da individualização da pena. O § 5º incorre em abertura para discricionariedade do juiz quando permite não impor regime inicial fechado quando "insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo".

Note-se que o Código Penal não usa tais expressões. É preocupante a recorrência do anteprojeto ao conceito de "criminoso habitual". Quem conhece a história desse termo, com consciência da realidade e considera que os momentos de horror que a humanidade passou devem ser evitados, não aceita que seja ele introduzido na legislação.

Precisamos do socorro de Eugenio Raul Zaffaroni e dos seus conhecimentos de criminologia, ao lado de tantos outros estudiosos.

Com efeito, Zaffaroni explica, especialmente no contexto do positivismo criminológico, que "as expressões mais grosseiras" da "teorização da periculosidade e da pretensão ôntica do inimigo pertencem a Rafael Garofalo, para quem a ciência penal teria por objeto a defesa contra os 'inimigos naturais da sociedade' e a indulgência dos magistrados não seria mais que 'o triunfo da lógica conseguido às expensas da segurança e da moralidade sociais'". Mas os inimigos não eram apenas os "criminosos graves", mas igualmente "os indesejáveis (pequenos ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, vagabundos, jogadores etc.), caracterizados desde muito antes como classes perigosas e depois batizadas momo má vida e tratadas na literatura com pretensões de trabalho de campo". Sem embargo, é com Franz von Liszt que Zaffaroni elucida que foi declarada "guerra à delinquência e à má vida", contra os casos de pessoas com hábitos considerados "enfermidade social" e que, segundo pontifica, "indica a validade da afirmação de que as ideias de habitualidade criminal de Franz von Liszt, talvez o mais normativista e elaborado dos positivistas, concretizaram-se com a lei nazista de 1933 sobre delinquência habitual"[20].

Sobre a aplicação do princípio da insignificância, os tribunais não adotam critérios uniformes para fins absolutórios ou de arquivamento de investigação preliminar. Precisamos também saber o que se quis dizer com a oração "de reduzido potencial ofensivo", inexistente no nosso ordenamento com essa dicção.

A redação proposta – como as anteriores – alarga o campo da dúvida, não atendendo os objetivos que deve ter a legislação, especialmente o de previsibilidade e diminuição do arbítrio judicial.

A confiança no regime fechado para solução dos "males" do delito é um grande equívoco, além de desrespeitar princípios humanos nucleares, sufragados constitucionalmente e reconhecidos pelos tribunais superiores do País.

20. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p.93-95.

"Art. 50. A multa deverá ser paga no prazo de dez dias depois de iniciada a execução provisória ou definitiva da sentença condenatória e, a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz da execução penal poderá permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

(...)" (NR)

4.4. Execução provisória ou definitiva da pena de multa

O dispositivo que se deseja alterar exige trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A mudança proposta quer permitir que a multa seja cobrada sem sentença definitiva. O art. 50, do Código Penal, reza que "a multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais".

Pelas mesmas razões, consideramos a proposta inconstitucional por violar presunção de inocência, ao alijar a necessidade de que o caso passe em julgado. Aliás, o texto proposto conflita com decisões dos tribunais superiores que, malgrado a existência de julgados admitindo execução provisória da pena privativa de liberdade, não admitem, de regra, execução das restritivas de direito, inclusive multa.

Deveras, a Quinta Turma, do STJ, avivou expressamente que, "no caso das penas restritivas de direitos, este Tribunal manteve o entendimento de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal". Enfatizou ainda que a Quinta Turma seguiu "a mesma orientação no julgamento do AgRg no REsp 1.618.434/MG e do AREsp 971.249/SP"[21]. O próprio STJ, entretanto, já edificou precedente em sentido diametralmente oposto, inaugurado, mais uma vez, a absoluta incerteza em torno do tema.

21. Afirmou-se nesse julgado que "a condenação ainda não transitou em julgado, o que impede o início da execução das penas substitutivas", pelo que foi concedida a "ordem concedida de ofício para suspender a execução das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado da condenação" (STJ – Quinta Turma – HC 468.066/SC – Rel. Min. Felix Fischer – julgado em 18/10/2018 – DJe 23/10/2018).

> "Art. 51. A multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição." (NR)

4.5. Competência para execução da pena de multa

No mesmo sentido do enunciado anterior, o art. 51, do anteprojeto, pretende dispensar o trânsito em julgado para que haja a execução da multa, exigido pela disposição correlata do Código Penal[22], o que é de todo inconveniente e inconstitucional, conforme os motivos que já expusemos. Em acréscimo, estabelece a competência da Vara de Execução Penal, consonante recente entendimento do STF.

> "Art. 59. (...)
>
> Parágrafo único. O juiz poderá, com observância aos critérios previstos neste artigo, fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da possibilidade de progressão." (NR)

4.6. Discricionariedade na fixação de período mínimo de pena no regime fechado

O parágrafo sugestionado segue a mesma linha de aumentar o poder de discricionariedade judicial, sem que sejam seguidos parâmetros objetivos. A remissão às circunstâncias judiciais, usadas para fixar a pena base, evidencia que o proponente não tem compromisso com o que foi construído pela ciência e pela crítica ao longo dos anos.

Aquelas circunstâncias já permitem, em demasia, liberdade para o juiz graduar a pena base. Elas representam discurso oficial que muito se aproxima do "direito penal do autor", admitindo julgamento pelo que a pessoa é ou foi, quando o imputado deveria ser julgado pelo que fez (direito penal do fato).

---

22. Código Penal: "Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

A proposta, então, significa autorizativo para infligir mais dor ao imputado, sem justificativa proporcional e humana, sendo, portanto, inconstitucional.

> "Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.
>
> § 1º A decretação da perda prevista no *caput* fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa.
>
> § 2º Para efeito da perda prevista no *caput*, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:
>
> I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
>
> II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.
>
> § 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio." (NR)

4.7. A estimativa como critério para perda de bens

O inventor do projeto tem uma forma marcante de sustentar teses: a presunção sem base empírica, sem demonstração. Isso se evidencia na descrição do *caput*, do ora comentado art. 91-A, do Código Penal: "no caso de condenação por infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito".

Observe-se que, em outras palavras, o dispositivo tem o propósito de determinar perda de bens com base em critérios práticos. Praticidade esta que dispensa que o Ministério Público prove o percurso dos bens, o seu trânsito, a sua origem. Inversão da prova em direito criminal vedada por ofender importantes princípios. Tal inversão, ademais, está estampada no § 3º, que averba que "o condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio".

Os pressupostos para a decretação da perda aludida são limites parcos, insuficientes e fictícios. Chama-se a atenção para o § 2º, inciso I, que preconiza que, “para efeito do perdimento previsto neste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente”.

Frise-se a dúvida que recairá em saber o que se pretendeu dizer com os bens “que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebido posteriormente”. Com dispositivo dessa natureza poderá estar sendo construída uma “desordem” jurídica.

> “Art. 116. (...)
>
> II - enquanto o agente cumpre pena no exterior; e
>
> III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, estes quando inadmissíveis.
>
> (...)” (NR)

4.8. Suspensão da prescrição pela pendência de julgamento de recursos inadmissíveis

Entendemos desproporcional e carente de justificativa lógica a proposta consignada no inciso III, eis que o inciso II já faz parte do Código Penal.

Qual o argumento racional para impedir o curso da prescrição naquele caso?

No caso do inciso III, o imputado estaria exercendo o sagrado direito de defesa. Pior, nessa segunda hipótese, subordinar a incidência da absurda causa à inadmissibilidade dos embargos. Isso quer dizer que se o tribunal inadmite o recurso, foi feito um julgamento correto apto a considerar suspensa a prescrição?

> “Art. 117. (...)
>
> IV - pela publicação da sentença e do acordão recorríveis;
>
> V - pelo início ou continuação da execução provisória ou definitiva da pena; e
>
> (...)” (NR)

4.9. Início da execução provisória da pena e interrupção da prescrição

A novidade fica por conta do início ou continuação da execução provisória para fins interruptivos da prescrição, eis que antes somente se falava em início de cumprimento da pena que, logicamente, deveria ser de natureza definitiva. Já expusemos as razões da inconstitucionalidade da execução provisória que, igualmente, é aplicável ao caso em tela.

> "Art. 329. (...)
>
> Pena - detenção, de dois meses a dois anos, e multa.
>
> § 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:
>
> Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.
>
> § 2º Se da resistência resulta morte ou risco de morte ao funcionário ou a terceiro:
>
> Pena - reclusão, de seis a trinta anos, e multa.
>
> § 3º As penas previstas no *caput* e no § 1º são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência." (NR)

4.10. Majoração das penas abstratas do crime de resistência

Vamos comparar as penas ora sugeridas que, incrivelmente, chegam a trinta anos sem que se considere se a morte do funcionário se deu por conduta do sujeito ativo, dolosa ou culposa. O incremento de pena é desproporcional e ofende a vedação de responsabilidade objetiva.

Dispõe o Código Penal, em seu art. 329, *caput*, ser crime "opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: pena - detenção, de dois meses a dois anos". O seu § 1º, pontifica que "se o ato, em razão da resistência, não se executa: pena - reclusão, de um a três anos. E o § 2º que "as penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência".

Como se depreende, a redação vigente é superior à do anteprojeto.

5. MUDANÇAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 28-A. O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no *caput* não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constará de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. Não correrá a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução penal." (NR)

5.1. A obrigatoriedade da ação penal e a inconstitucionalidade da generalização da barganha no sistema brasileiro

A previsão, generalizante, é inteiramente inconstitucional, em compasso com o que avivamos. A introdução desse mecanismo significa grande desastre em nosso sistema. Somos, portanto, filiados a corrente que entende que não deve haver acordo de não propositura de denúncia entre Ministério Público e acusado[23], eis que a ação penal é imperativa. Sobre o ponto, remetemos o leitor a outros estudos onde tecemos considerações em torno da Resolução-CNMP 181/2017 e da Lei nº 12.850/2013[24]. Razões jurídicas, políticas, sociais e humanas recomendam que não seja inserida a colaboração premiada, com imediata aplicação de pena, nessa amplitude.

Parte das disposições da proposta de *plea bargain* é reprodução do que já acontece nos juizados especiais criminais em sede de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/1995) e do que é praticado nas hipóteses de delito que envolva organização criminosa. O autor do anteprojeto pensa em tornar os órgãos de jurisdição criminal em grandes juizados, com permeabilidade à aplicação imediata de pena.

Deveras, compreendemos como incompatível com o art. 129, inciso I, da Constituição do Brasil, tanto a previsão contida no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, como – com maior razão – a que está agora escrita no anteprojeto. Não há grande novidade no ponto. É mais do mesmo, porém com ampliação de sua aplicabilidade, permitindo maior punição, mais encarceramento. O inciso V, do art. 28-A, permite ampla discrição, de forma incompatível com a maneira estrita como deve ser decotado, proporcionalmente, o direito de liberdade, ao permitir que seja estipulado o cumprimento "por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada". Que "outra condição indicada pelo Ministério Público" seria? Mais um cheque em branco.

Infelizmente, enxergamos que o pano de fundo do anteprojeto é econômico, mais uma vez[25].

---

23. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho do. Observações sobre a Resolução nº 181/2017 do CNMP. *Empório do direito*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/observacoes-sobre-a-resolucao-n-181cnmp-por-pierre-souto-maior-coutinho-de-amorim/>. Acesso em: 29 nov. 2017.
24. ARAÚJO, Fábio Roque de; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.1519-1522; TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.805-809.
25. Na seara do direito norte-americano, artigo traduzido por Aury Lopes Júnior explica que, naquele sistema, "embora a barganha tenha começado de forma obscura — intermediários, policiais torcendo os braços dos detentos —, ela se tornou, desde então, um costume judicial. É o pão diário de todos os tribunais penais em todas as jurisdições do país e praticamente todos a serviço da eficiência/economia" (WALSH, Dylan. Por que os tribunais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining? *Limite penal*. Tradução: Aury Lopes Jr. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>. Acesso em: 16 fev. 2019). Em poucas palavras, parte-se da ideia de que é caro o sistema

Geraldo Prado é elucidativo ao abordar o tema da transação penal, perfeitamente aplicável à atual tentativa generalizadora. Do que podemos sintetizar do raciocínio do jurista, podemos alinhar as seguintes ilações, adaptando ao contexto da *plea bargain* do pacote anticrime: (1) a "privatização" do processo penal é recebida com euforia por setores do Judiciário e da doutrina, anunciando "suas virtudes, entre elas a instauração de um espaço de consenso no lugar do antigo território de conflito"; (2) são enfatizadas "as vantagens da diminuição das formalidades, como são chamadas em alguns casos a redução das garantias do devido processo legal"; (3) a base teórica também ajunta a ênfase "do papel da vítima e no garantismo penal"; (4) os setores favoráveis à barganha não revelam "suas incongruências e incompatibilidades"; (5) não há, nesse âmbito, "um verdadeiro procedimento jurisdicional"; (6) majora-se o perigo de reforçar a "institucionalização de um direito penal do autor, de caráter estigmatizante"; (7) existem cláusulas no anteprojeto cuja finalidade é obrigar o imputado a firmar o acordo; (8) há "incompatibilidade com um sistema processual que fundamenta a sentença em provas colhidas em contraditório; (9) DE acordo com o "método histórico-crítico", a descrição fundante da barganha disposta no anteprojeto exige exame da autonomia da vontade, do consenso e do devido processo legal, a fim de "identificar afinidades e incompatibilidades culturais" no contexto brasileiro; (10) no que toca à autonomia de vontade, infere-se que "os desníveis socioeconômicos ainda vivos na sociedade brasileira interditam a pretensão de garantir ao sujeito, principalmente ao sujeito investigado/imputado, condições de exercer plenamente suas potencialidades"; (11) quanto ao escrutínio do consenso, há revelação do "esforço de 'abafar' o conflito, que é inerente à vida social, sem enfrentamento dos interesses antagônicos num espaço economicamente desigual; (12) já no que se refere ao devido processo legal, a barganha é causa de sua amputação; e (13) relega-se o poder a baixo controle[26].

O § 1º do anteprojeto anti-infração penal reprisa regra que já é aplicada no direito brasileiro. Nenhuma contribuição ao controle sobre o abuso de poder estatal. O § 2º, por sua vez, prevê hipóteses de não admissibilidade da proposta de barganha. Adjetivar as hipóteses ali descritas como eticamente reprováveis não deixa de soar contraditório, mormente sob o ponto de vista de que entendemos que o acusado não deve aceitar tal forma de chantagem, porque espezinha seus direitos fundamentais. De todo modo, se estivéssemos de acordo com a sugestão de ampliação de *plea bargain*, ainda assim identificaríamos sinais de crueldade com os direitos

---

tradicional e que não se pode priorizar recursos para proporcionar garantias fundamentais a todos. Solução: suprimir direitos fundamentais. Tudo o que não concordamos.

26. PRADO, Geraldo. 2. ed. *Transação penal*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006. p.222-225.

fundamentais do imputado, na trilha de um recrudescimento cuja (ir)racionalidade é o sofrimento.

Outrossim, certos dispositivos dizem o óbvio se comparado com a assinatura de um contrato, tal como preconiza o § 3º, ao exigir que todos assinem, avivando que "o acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor".

O § 4º repete o que já consta da Lei nº 12.850/2013, em seu § 7º, do art. 4º, com discretas diferenças, ao asseverar que, "para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor". Note-se que se deseja que a confissão suplante a instrução criminal, tornando-a uma espécie de "rainha das provas", em retorno surpreendente ao que acontecia no medievo.

Equívoco grave é o juiz tomar a frente para exercer funções de órgão ministerial. Também o inverso não deve ocorrer. O juiz não deve orientar como a acusação deve fazer. Porém, essa conduta do Judiciário que visa preservar a estrutura acusatória é olvidada. No § 5º, o anteprojeto aduz que "se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor". Em casos como este, o juiz deve simplesmente indeferir o pedido do Ministério Público e não devolver os autos "para reformular a proposta de acordo de não persecução", ainda que com a "concordância do investigado e seu defensor". Essa previsão, inclusive, conflita com a do § 7º e incrementa poderes discricionários do julgador, ao afirmar que "o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º".

E o anteprojeto segue com o plano de tornar o Ministério Público um superpoder. No § 6º, do dispositivo aqui criticado, há previsão para que, seguidamente a homologação judicial, o juiz devolva os autos *Parquet* para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. A atuação de ofício do juiz representada no trecho "para que inicie" é complementada pelo protagonismo do Ministério Público para que dê início à execução, confundido os papeis que, constitucionalmente, cada órgão deve exercer.

Aliás, o compromisso com o punitivismo é, a todo tempo, reiterado. No § 8º, nessa linha, está dito que, uma vez "recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia". Essa "sugestão" do enunciado para que o Ministério Público adote soluções persecutórias, bem como para que o juiz

colabore com o órgão da acusação, corrói toda estrutura de um sistema que é obsequioso à divisão de funções.

O § 9º prevê a comunicação processual da vítima acerca do acordo. Já consta, no Código de Processo Penal, previsão para comunicação ao ofendido acerca dos atos processuais que especifica, em tópico próprio. A proposta contribui para a falta de sistematicidade do CPP. Deveras, é o seu § 2º, do art. 201, que prevê a que "o ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem". Entrementes, a evidente pressa impediu o criador do documento anticrime de elaborar texto mais organizado.

Quanto a nossa posição sobre a participação da vítima em processo criminal, anotamos que "passamos a entender que a participação da vítima no processo penal conflita com as garantias fundamentais do imputado, bem como com a ideia do processo substituir a vingança privada". De fato, além de reduzir as chances de defesa da liberdade, a intromissão da vítima "insere o elemento vindita no processo". De outro lado, "caso seja a hipótese de permitir a intervenção da vítima no processo, como assistente do Ministério Público, sua atuação deve visar tão somente a obtenção de título executivo para fins indenizatórios". É que "a permissibilidade de atuação da vítima no processo penal também amplia indevidamente, além dos limites subjetivos da demanda, os seus limites objetivos"[27]. Amilton Bueno de Carvalho, nessa toada, pontifica que o direito penal não deve ser confundido com o direito "em geral", razão pela qual não é recomendável relacionar o processo penal com o processo civil, por exemplo, para interpretar aquele com as lentes deste último, "a ponto de inverter, inclusive, toda a teoria do ônus da prova ou o carcinoma teórico do discurso que ambiciona a 'proteção dos direitos da vítima' no âmbito do processo penal"[28].

Repetindo solução vincada em enunciado sumular do Supremo Tribunal Federal, aplicável aos juizados especiais criminais, o § 10, do artigo sob exame, afirma que se "descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia". Algumas objeções, para além de considerarmos a proposta de inserção da *plea bargain* absolutamente inconstitucional: (1) pode haver justificativa que demonstre porque a condição não tenha sido cumprida; (2) o desatendimento da condição pode representar algo bem menor que o todo fixado no ajuste; (3) o

---

27. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.543.
28. CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito penal a marteladas*: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.20-21.

Ministério Público deve requerer a rescisão, não basta "comunicar", afinal quem está sujeito aos atos de comunicação processual são as partes e não o juiz; e (4) discordamos da política criminal, cristalizada na Súmula Vinculante 35, do STF[29], que permite dupla via de persecução penal, quais sejam, o acordo que, se declarado ineficaz, permite a propositura de denúncia, por afetar o campo de incidência do princípio do *ne bis in idem*.

A criatividade punitivista é, novamente, estampada no § 11. A ideia é conhecida: criar constrangimentos para que o imputado aceite fazer o acordo de não persecução penal e compeli-lo a cumprir o pactuado, ainda que isso custe enorme sacrifício, sem que haja processo criterioso que permita o exame de provas (devido processo legal). Novamente sem que se observe a legislação que regula o *sursis* processual (Lei nº 9.099/1995), indica mais uma limitação a esse "benefício", agregando, todavia, discricionariedade. O arbítrio é o elemento comum que se vê nos dispositivos do projeto anticrime. Na hipótese, dita que "o descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo".

Mais estímulo para que tudo se resolva punindo antecipadamente se verifica no § 12, ao prever que "a celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do § 2º". Sabemos que, apesar de não se registrar nas certidões, não raras vezes a informação constrangedora poderá ser encontrada nos sites de busca disponíveis na rede mundial de computadores. O que seria de bom tom que esperássemos do Estado era, ao menos, boa-fé.

O § 13 estabelece o óbvio, ao dispor que será extinta a punibilidade por decisão judicial depois de cumprido "integralmente" o acordo.

E a pitada de sal, para temperar a bondade quase legislativa, é complementada com o desejo de criação de causa suspensiva da prescrição. Novamente, a baixa técnica legislativa se faz presente. Temos o lugar próprio no sistema para regular as causas suspensivas e interruptivas da prescrição, disciplinadas nos artigos 116 e 117 do Código Penal. Mesmo assim, para rechear a bagunça de letras reunidas, o § 14, do enunciado aqui estudado, do anteprojeto, arrematou que "não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não-persecução".

29. Súmula Vinculante 35 – STF: "A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial".

> "Art. 84-A. Se, durante a investigação ou a instrução criminal, surgirem provas de crimes funcionais cometidos por autoridade com prerrogativa de função, o juiz do processo extrairá cópia do feito ou das peças pertinentes e as remeterá ao tribunal competente para apuração da conduta do agente, mantida a competência do juiz do processo em relação aos demais agentes e fatos.
>
> Parágrafo único. O tribunal competente poderá, para a apuração da conduta do agente com prerrogativa de função, determinar a reunião dos feitos, caso seja imprescindível a unidade de processo e julgamento." (NR)

5.2. Encontro fortuito de provas e definição da competência em razão de conexão

O dispositivo inverte a lógica de definição da competência entre os órgãos jurisdicionais com graus hierárquicos diferentes. A relação de conexão deve ser resolvida pelo tribunal de maior grau. É garantia contra abusos, notadamente quando do uso de afastamento de sigilo de comunicações telefônicas em que se dá encontro fortuito de provas. Pensamos que a solução já foi definida pelos tribunais superiores em caso concreto bem semelhante à descrição deste dispositivo. Veja-se que não há sentido lógico em outorgar ao juiz de menor grau a competência para deliberar sobre o desmembramento de fatos aparentemente conexos na forma do art. 76, do CPP.

> "Art. 122. Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do disposto no art. 133." (NR)

5.3. Redundância de previsão de alienação antecipada e inconstitucionalidade da irreversibilidade

Pensamos desnecessária a modificação alvitrada, além de inconstitucional porque determina situação de irreversibilidade patrimonial sem devido processo legal. A alusão ao art. 120, do CPP, quer satisfazer a sede de dar destino aos bens apreendidos, com efeitos patrimoniais antecipados. Isto é, de forma acelerada, quer-se alienar bens apreendidos, sem demarcação do momento temporal. Malgrado não se possa ter como modelo de texto, a redação vigente do art. 122, do CPP, exige, para

tanto, que esteja transitada em julgado a sentença condenatória, o que se coaduna com a Constituição do Brasil[30].

> "Art. 124-A. Na hipótese de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se os crimes não tiverem vítima determinada ou se a vítima for a administração pública direta ou indireta, poderá haver destinação dos bens a museus públicos." (NR)

5.4. Desnecessidade de casuísmo diante da função reitora da norma jurídica

O dispositivo parece mais dizer respeito a um caso concreto. Não cumpre o papel de ser uma abstração, um *standard*, um modelo para aplicação a casos futuros. Esse poder do juiz já se encontra regulamentado legalmente. Desnecessário o casuísmo, além de se afastar da função reitora da norma jurídica.

> "Art. 133. Iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado.
>
> § 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.
>
> § 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, exceto se houver previsão diversa em lei especial.
>
> § 3º Na hipótese de absolvição superveniente, fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária." (NR)

30. Código de Processo Penal: "Art. 122. Sem prejuízo do disposto nos arts. 120 e 133, decorrido o prazo de 90 dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas [...] e ordenará que sejam vendidas em leilão público. Parágrafo único. Do dinheiro apurado será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé".

5.5. Antecipação dos efeitos civis da sentença penal condenatória e irreversibilidade

O anteprojeto deseja permitir aplicação de efeitos civis da sentença penal sem que haja definitividade da decisão, numa impaciência que finda por ferir a garantia da coisa julgada e por permitir risco de irreversibilidade do provimento. O punitivismo se revela irracional: admite que antes de exauridos os recursos, com a confirmação de juízo de certeza, seja solapada a vida de uma pessoa.

Se verificado posteriormente o recurso, como será sanado esse prejuízo? Não o será, evidentemente.

Poder-se-ia argumentar que, geralmente, os tribunais não reformam as decisões de grau inferior, assim como menos de 1% (um por cento) dos *habeas corpus* e recursos criminais são exitosos.

Esse argumento, todavia, é inválido, por mais de uma razão:

(1) primeiramente, por querer justificar, estatisticamente, a proteção insuficiente do direito fundamental à liberdade e a baixa aplicabilidade da Constituição;

(2) em segundo lugar, por querer que a reconhecida ineficácia desses direitos force a admissão de que se deve desistir de uma melhor prestação jurisdicional: como não se consegue examinar bem, sem autoritarismo, pretende-se modificar a estrutura dos direitos fundamentais, explicando – e se valendo – da própria torpeza em seu favor.

5.6. Desnecessidade da proposta de alteração, diante da previsão do art. 144-A, do CPP

A pretendida alteração é inteiramente desnecessária.

O art. 144-A, do CPP, já prevê a possibilidade de “alienação antecipada de bens”, mediante os critérios ali fixados[31]. São requisitos cuja exigência demanda proporcionalidade, por se tratar de providência trágica ao patrimônio do imputado.

31. De acordo com a redação ora vigente do nosso Código de Processo Penal, com texto incluído pela Lei nº 12.694/2012, está disposto, em seu artigo 144-A, que “o juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. § 1º O leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico. § 2º Os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial. § 3º O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União,

De compasso com o enunciado desse art. 144-A, do Código, é necessária prova de que a venda dos bens do imputado – antes do trânsito em julgado – somente ocorra, diante da presença de uma das seguintes hipóteses:

(1) “para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação”; ou,

(2) “quando houver dificuldade para sua manutenção”.

O anteprojeto sugestiona inverter tudo isso: primeiro se considera culpado o condenado provisório e, somente se revertida a condenação em grau de recurso, que ele busque ressarcimento. No curso de todo seu texto, o anteprojeto expõe sua ideologia de colocar o cidadão em patamar demasiadamente inferior ao do Estado, com alijamento de direitos fundamentais caros, como o da liberdade e o da propriedade. Esse desnível é preocupante e revela uma verdadeira inversão de valores.

Vejamos, analiticamente, o art. 133, do anteprojeto, em cotejo com o teor do art. 133, do CPP.

Pelo enunciado do Código de Processo Penal, redação original de 1941 – época em que tínhamos um regime fascista com inspiração no Código Rocco italiano (mas não tanto como o consignado no anteprojeto), uma vez “transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público”. Essa exigência é tradicional em nosso direito e está de acordo com a necessidade de que o imputado seja tratado como inocente, até que seja considerado culpado por sentença final, transitada em julgado.

5.7. Concretização dos efeitos civis da condenação de ofício e inadequação à sistemática das medidas assecuratórias patrimoniais

Por sua vez, o *caput* do enunciado proposto, surpreendentemente, aduz que “iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a

---

Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado. § 4º Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial. § 5º No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário. § 6º O valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial.

requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão público".

Como se depreende, a baixa técnica redacional, desconhecimento do ordenamento jurídico brasileiro, o pouco compromisso com a sistematicidade e o desprezo pelos valores maiores consagrados na Constituição são evidenciados, consoante aqui destacado.

(1) É sem sentido a previsão legal que não limita a atuação jurisdicional, vale dizer, ao referir, indiferentemente, à "execução provisória ou definitiva da condenação", sem se referir aos pressupostos para a concretização dos seus efeitos cíveis, o enunciado desejou ampliar os poderes do juiz, sem peias, sem limites, afastando-se da ideia de previsibilidade que deve permear um texto legal. Não seria necessário um artigo de tal natureza. Bastaria dizer: o juiz poderá fazer o que bem entender com os bens do condenado, cuja execução provisória tenha sido iniciada.

(2) O dispositivo contém comando para o juiz atuar de ofício, sem necessidade de provocação do legitimado, nem tem preocupação com a natureza do curioso "perdimento" que se refere. Vejamos:

(a) o perdimento de bens, salvo disposição – válida – em contrário, é decretado por sentença, segundo requisitos legais, em favor da União (art. 92, I, do Código Penal);

(b) o regime que autoriza requerimentos da vítima para fins de reparação civil em função do delito não tem a ver com tal perdimento e, se os bens apreendidos pertencerem ao ofendido, ser-lhe-ão devolvidos ou a ele revertidos, cabendo dizer: é sem sentido declarar o perdimento de bens a favor da vítima;

(c) é importante lembrar que o Código de Processo Penal contém uma série de artigos que dispõe sobre limites, possibilidades e legitimidade para o ajuizamento de medidas assecuratórias patrimoniais, como o sequestro, o arresto e a hipoteca legal. O *caput* do enunciado do art. 133, do anteprojeto não se encaixa no modelo disposto na legislação brasileira, descurando de lições elementares;

(d) a atuação do juiz, de ofício, para reaver valores ofende a estrutura do sistema, notadamente quando se imagina que podem estar em jogo direitos disponíveis (ao se cuidar de bem de particular, por exemplo) ou de direitos inseridos naqueles conhecidos como de interesse público secundário (cuja atribuição deve ser do ente público legitimado, segundo a hipótese – Ministério Público ou Procuradoria do ente público afetado);

(e) é curiosíssimo o trecho da disposição que alude a "venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão". Como assim? Qual será o procedimento legal para

que a decretação de perda de bens ocorra em leilão público? Quem decretará será o juiz ou o leiloeiro? Terá sido observado algum princípio constitucional nesse caso? Pensamos que a decretação da perda de bens deve ser circunscrita a linhas bem demarcadas. Não concordamos com um festival de venda de bens, sem que haja delimitação precisa. Não anuímos como venda de bens cujo fundamento se dá em uma única frase, sem se evidenciar o percurso do desvio, a origem dos recursos, o destino dos bens. Isso não deve acontecer na jurisdição criminal, ampliando demasiadamente o seu espectro, em prejuízo a regras fundantes.

Sempre devemos prezar pelo uso de linguagem competente em direito, com seu vernáculo próprio. Não se trata somente de deixar esteticamente bem apresentado um dispositivo. Cuida-se do propósito de reduzir dúvidas, limitar contingências na hora de decidir, evitando arbítrio, discricionariedade excessiva e abusos de poder.

Esse não foi o norte seguido pelo subscritor da proposta antidelito. O § 1º, do seu art. 133, não é menos surpreendente que o *caput*, ao dizer que "do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa fé". Note-se que haverá incerteza em função de termos vulgares como "dinheiro apurado" e "cofres públicos", ao lado de uma redação sofrível. Um texto legal não deve ter a mesma dicção que conversas informais. Basta comparar a forma apressada deste dispositivo com a dos parágrafos 3º e 4º, do art. 144-A, já transcrito na nota de rodapé anterior.

O § 3º, do art. 133, do projeto anticrime, remete ao imputado que tiver sofrido indevidamente os efeitos civis de condenação provisória, à via do ressarcimento cível, malgrado tenha dito que "fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária". Embora no seu *caput*, tenha referido também a execução definitiva, no § 3º olvidou disciplinar a hipótese. Sabemos as dificuldades inerentes ao êxito e fruição de uma ação movida contra o Estado. O pagamento raras vezes é rápido. Como o texto propõe a entrega imediata do "dinheiro apurado" a quem couber, provavelmente aquele a quem foi atribuída a culpa de forma antecipada, sofrerá também os efeitos nefastos e trágicos da jurisdição civil, caso se concretize a aprovação do pacote antidelito.

> "Art. 133-A. O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição para uso exclusivo em atividades de prevenção e repressão a infrações penais.

> § 1º O órgão de segurança pública participante das ações de investigação ou repressão da infração penal que ensejou a constrição do bem terá prioridade na sua utilização.
>
> § 2º Fora das hipóteses anteriores, demonstrado o interesse público, o juiz poderá autorizar o uso do bem pelos demais órgãos públicos.
>
> § 3º Se o bem a que se refere o *caput* for veículo, embarcação ou aeronave, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão público beneficiário, o qual estará isento do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à disponibilização do bem para a sua utilização, que deverão ser cobrados de seu responsável.
>
> § 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória com a decretação de perdimento dos bens, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público beneficiário ao qual foi custodiado o bem." (NR)

5.8. Ausência de previsão de responsabilidade pelo uso de bens particulares pelo Poder Público

A hipótese cuida do uso de bens particulares pelo Poder Público. É de ver que o uso não deve significar aviltamento dos bens particulares, especialmente diante da possibilidade de absolvição ou de não comprovação de terem sido adquiridos com proventos da infração.

Já existe previsão de uso de bens, a exemplo dos casos de tráfico de drogas, a respeito do que o art. 62, § 1º, da Lei nº 11.343/2006, impõe a necessidade da autoridade policial se responsabilizar, bem como realça o objetivo de conservação, aliado ao serviço policial[32].

O dispositivo proposto no anteprojeto se afasta desses fins, parecendo permitir o malbaratamento de bens particulares, pendentes ainda de perdimento.

32. Lei de Drogas: "Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica. § 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público."

"Art. 185. (...)

§ 2º O juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

(...)

IV - responder à questão de ordem pública ou prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso.

(...)

§ 8º Aplica-se o disposto nos § 2º, § 3º, § 4º e § 5º, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, audiência de custódia e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

(...)

§ 10. Se o réu preso estiver recolhido em estabelecimento prisional localizado fora da comarca ou da subseção judiciária, o interrogatório e a sua participação nas audiências deverão ocorrer na forma do § 2º, desde que exista o equipamento necessário." (NR)

5.9. Desumanização do interrogatório e inserção da economia como valor máximo no processo penal

Como salientamos acima, a modificação descura de princípios inerentes ao núcleo da pessoa presa. Acaba por legitimar sua transformação em objeto, ferindo sua dignidade, legitimando a desumanização do processo penal e elevando os objetivos econômicos.

Cabe gizar, generaliza a possibilidade do uso da videoconferência.

O que deveria ser excepcional, torna-se regra. Ademais, os conceitos de "ordem pública" (já presente no texto) e de prevenção de "custos com deslocamento ou escolta de preso" (novidade pretendida pelo anteprojeto) ensejam baixíssimo controle acerca da necessidade do uso do sistema de videoconferência.

Quanto ao primeiro, é ela excessivamente aberta. Abre espaço para qualquer tipo de argumento para justificar a negativa de deslocamento da pessoa presa à presença do juiz. Se o ritmo continuar como está, juiz, promotor de justiça e advogado passarão a fazer a audiência em casa? Será necessária a manutenção de um fórum? A justiça criminal será virtual?

Essas questões são motivo de enorme preocupação, pois, se confirmada essa tendência, restará sufragado o desacato ao direito à ampla defesa. Inata a esta é o direito do acusado à presença, em ambiente adequado para ser ouvido. Certamente, um sistema de videoconferência não é capaz de suprir aquele ideal.

Os enunciados dos parágrafos 8º e 10º completam o propósito do "vale tudo" para se punir: (1) preconiza a aplicação da videoconferência a todo ato processual; e (2) determina o uso da videoconferência quando o preso estiver recolhido em local diverso da comarca.

Insistimos: se o Estado não pode, financeiramente, arcar com esses custos para assegurar um processo justo, ele deveria colocar o acusado em liberdade e não cercear direitos.

> "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado.
>
> (...)" (NR)

5.10. Antecipação de prisão provisória sem razão cautelar

A aparentemente sutil proposta de modificação do art. 283 permite concluir que o seu mentor reconhece que as prisões sem motivação cautelar, que foram decretadas antes do trânsito em julgado, conhecidas sob a expressão "prisão em segunda instância", violaram o texto em vigor do enunciado sob essa numeração, do Código de Processo Penal[33].

Note-se que não se trata de controvérsia sobre a qual poderia existir algum espaço nublado que permitisse dúvida sobre a admissão de prisão provisória não cautelar. Inversamente, o teor do dispositivo do Código é bastante claro, como se pode ver de sua transcrição na nota de rodapé abaixo.

33. O texto ignorado, tantas vezes, pelo Poder Judiciário, consignado no art. 283, do CPP, está assim vazado, desde a reforma processual penal promovida pela Lei nº12.403/2011: "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

O enunciado do anteprojeto quer permitir a prisão, independentemente da existência de necessidade, como forma de antecipação do cumprimento de pena, desde que exarada por órgão colegiado. Cuida-se de outorga de poder imenso ao colegiado de um tribunal, para cercear a liberdade de alguém, sem observância do sentido e alcance do princípio da presunção de não-culpabilidade gizado na Constituição do Brasil.

Essa sugestão de alteração do art. 283, do CPP, tem fundamento em antecipações punitivas, na linha de uma impaciência generalizada, a partir de fontes midiáticas e das redes sociais. Tal característica permeia todo o projeto, identificando-se com o que Ney Bello elenca como um dos elementos constitutivos "da predisposição para a punibilidade como movimento da magistratura", referindo-se à "campanha midiática dos meios de comunicação e das redes sociais em apologia ao avanço da luta contra a corrupção, o fim da impunidade e a punição dos pretensos culpados". Entrementes, o autor destaca que se vê, por toda parte, "um forte conteúdo ideológico repressor, claramente presente na mídia, com identificação manifesta de um rol de culpados prévios". Daí que se vislumbra, até mesmo, "uma atuação da imprensa politicamente interessada, com informações parciais e mensagens subliminares – e até explícitas – criminalizando opiniões e condutas específicas, e protegendo os que lhe são ideologicamente próximos"[34].

> "Art. 309-A. Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível, e registrar em termo de compromisso a necessidade de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão." (NR)

5.11. Concessão de liberdade provisória pela autoridade policial e aparente excludente de ilicitude

A disposição confere ao delegado a possibilidade de conceder liberdade provisória sem fiança, hoje de competência do Poder Judiciário. Nos termos do art.

34. BELLO, Ney. A punição como necessidade: a encruzilhada da justiça criminal. *Conjur*: crime e castigo, 17 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-17/crime-castigo-punicao-necessidade--encruzilhada-jurisdicao-criminal>. Acesso em: 06 mar. 2019.

309-A, vasado no anteprojeto, a autoridade policial "poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível, registrando em termo de compromisso a obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão". O poder da polícia, como se depreende, é demasiadamente inflado. O controle judicial é posterior, no momento do recebimento do auto de flagrante e/ou da realização da audiência de custódia.

De acordo com o art. 5º, do texto constitucional brasileiro, a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (inciso LXV). Trata-se de uma garantia fundamental da pessoa presa, protetiva da liberdade contra o arbítrio estatal. Desse modo, não há reserva jurisdicional para ser efetivado o direito de liberdade. Esse valor é maior para permitir que a legislação preveja que outros agentes do poder público ponham em liberdade pessoas submetidas a prisões indevidas, a exemplo da imposição do flagrante e do conseguinte recolhimento ao cárcere da pessoa que cometeu um crime em situação de aparente legítima defesa. Entre o encarceramento e a liberdade, deve prevalecer a liberdade.

De outro lado, é de ver que a previsão do dever da autoridade policial registrar "em termo de compromisso a obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão" torna a situação jurídica, sugerida no anteprojeto, equivalente à de "liberdade provisória". Sob essa lente, é possível que o legislador autorize – sempre sob a lente constitucional e sob o princípio da proporcionalidade – que seja concedida ao imputado liberdade provisória, conforme o inciso LXVI, do art. 5º, da Constituição de 1988, que reza que "*ninguém será* levado à *prisão* ou nela *mantido*, quando a *lei admitir* a liberdade provisória, com ou sem fiança".

5.12. Riscos de desvio na aplicação do enunciado diante do conceito de dispositivo

Por fim, devemos advertir que a interpretação de uma previsão como essa não pode funcionar odiosa e seletivamente na esfera penal.

Vale dizer, os autos do flagrante ou do inquérito devem narrar o fato de forma fidedigna, não sendo lícito, por exemplo, o favorecimento de agentes estatais e a não aplicação do enunciado para os demais imputados de forma aleatória e arbitrária, em casos como o de "troca de tiros com a polícia" ou de "morte de bandidos em confronto com a polícia"[35].

35. Podem ser encontradas uma infinidade de notícias nesse sentido nos sites de busca da rede mundial de computadores (Internet), quase sempre sugerindo que a polícia teve razão, como na notícia seguinte: GLOBO. *Bandidos são mortos em confronto com a polícia em SP*. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/bandidos-sao-mortos-em-confronto-com-a-policia-em-sp/7002711/>. Acesso em: 26 fev. 2019.

Nossa preocupação com o permissivo de concessão de juízo de valor ao delegado de polícia se deve ao fato de que a verdade é um elemento complexo e que depende de várias conexões entre diversos elementos empíricos. Isto é, nas palavras de Rui Cunha Martins, “a possibilidade de afirmação de um sentido dá-se pois ao nível da conectividade. O que, para todos os efeitos, confere o maior destaque aos componentes do dispositivo e as relações entre eles”[36]. Há um espaço, no “dispositivo”, chamado “auto de prisão em flagrante” ou naquele denominado “inquérito policial”, que pode ser útil a manipulações discursivas, tornando possível fazer constar ou não aspectos, ou seja, aqueles autos são dispositivos de aspectos relatados e não relatados. É nesse campo que enxergamos um grande risco para o uso da seletividade – tão inata à experiência e ao estado da arte do direito criminal – quando da concretização da regra em tela.

“Art. 310. (...)

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, ou que porta arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indique ser membro de grupo criminoso, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, exceto se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas.” (NR)

5.13. Inserção do conceito de criminoso habitual e de outros elementos hauridos do direito penal do autor para denegar liberdade provisória

O § 1º, do art. 310, do anteprojeto aqui comentado, tem redação similar à atual do parágrafo único, do art. 310, do CPP. A distinção está descrita no § 2º, recheado

36. MARTINS, Rui Cunha. Mapeamento processual da verdade. In: *Decisão judicial*. Geraldo Prado; Rui Cunha Martins; L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2012. p.74-75.

de medidas de direito penal do autor, sem que seja atendido o pressuposto de cautelaridade para que se possa cercear a liberdade de alguém.

A abertura de possibilidades, para "pegar" a todo custo o "réu-inimigo" também se faz presente no enunciado do § 2º, do art. 310, do anteprojeto. Eis os requisitos, que o juiz deve verificar, para "dificultar" a soltura, de forma alternativa: (1) agente reincidente; (2) envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais; (3) integrante de organização criminosa; (4) portador de arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indiquem ser membro de grupo criminoso.

É repugnante a sugestão de inserção dessas possibilidades, pelas seguintes razões:

(a) a reincidência não deveria ser motivo para maior limitação da liberdade do imputado, seja porque se ajusta à postura autoritária de direito penal do autor, seja porque o próprio Estado e a sociedade são corresponsáveis pela recidiva do egresso do sistema prisional na prática de delito, haja vista que a prisão não cumpre a sua promessa de ressocializar;

(b) não sabemos o que é "prática habitual, reiterada ou profissional" de delitos. Provavelmente também não o sabe o subscritor da proposta modificadora de nossa legislação. Há crime habitual (conceito), mas que é prática habitual? Cuida-se de um homem mau? Estamos julgando a pessoa pelo que ela é ou pelo que ela fez? Qual o critério para acusar alguém de prática reiterada ou profissional de infrações penais? Pelos registros de antecedentes criminais? Ou por boatos (*hearsay*)? A nossa preocupação com o rumo sugerido no pacote anticrime é gigante, como se pode ver;

(c) com base em qual material empírico que poderá alguém ser considerado integrante de organização criminosa? Basta que o delegado, promotor de justiça ou juiz o afirme? Pelo que conhecemos, o conceito de organização criminosa, embora inconvenientemente aberto, tem linhas conceituais demarcadas e que devem ser evidenciadas na decisão e nos autos. Por outro lado, o anteprojeto é contraditório: de um lado permite *plea bargain* que pode levar a soltura (já prevista na Lei nº 12.850/2013, por meio de dispositivos de duvidosa constitucionalidade) e, de outro, pretende "dificultar a soltura". Trata-se de um desastre lógico;

(d) a constatação de que o imputado é portador de arma de fogo de uso restrito, em circunstância que permita concluir ser ele membro de "grupo criminoso" é mais um dos dispositivos que autorizam ao juiz decidir conforme o que vier em sua mente. Primeiro, que é "grupo criminoso"? Temos conceito de organização criminosa e associação criminosa em nosso ordenamento jurídico. É novidade, porém, a noção de "grupo criminoso". Pior: o enunciado alarga o flanco para deliberações judiciais com base em presunções, ao invés de exigir elementos empíricos, ainda que em

menor proporção. Por derradeiro, a previsão conflita com a jurisprudência do STF que proíbe que a prisão preventiva se lastreie somente na gravidade do crime.

5.14. Inclusão do princípio da insignificância para limitar a possibilidade de denegar liberdade provisória

O ingrediente não menos nefasto está na proposição consequente, cuja aplicação pode decorrer da afirmação de qualquer um dos pressupostos anteriores. De acordo com a parte final do § 2º comentado, o juiz "deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, salvo se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas". Insignificantes? Adotamos expressamente o princípio da insignificância em matéria criminal? Que deve fazer o juiz quando um crime for considerado insignificante? Deve aplicar pena no processo anterior e, no segundo, "aliviar" a prisão provisória? Não menos decepcionante é a ressalva baseada no "reduzido potencial ofensivo" das condutas: que é isso? Existe no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de "infração de menor potencial ofensivo", agora, "reduzido potencial ofensivo" é uma invenção que vai demandar capacidade criativa do julgador, com majoração do perfil inquisitivo do sistema processual penal brasileiro.

"Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput*:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal." (NR)

5.15. Inconstitucionalidade da inserção generalizada da barganha

Pelas mesmas razões apontadas acima e nos livros que citamos[37], defendemos que a inserção da barganha ofende princípios e garantias basilares da Constituição do Brasil. Vale sublinhar o valor que a proposta dá à confissão, de maneira contrária

37. ARAÚJO, Fábio Roque de; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.1519-1522; TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.805-809.

à tradição brasileira e à sua realidade. O art. 197, aliás, impõe que o juiz confronte a confissão "com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância".

Mesmo os autores que anuem com a possibilidade de ampliação da barganha, discordam da forma como inserida no anteprojeto.

Por todos, Alexandre Morais da Rosa observa que se lançou "um arremedo de *plea bargaining*, em que o acusado confessa crimes em troca da uma pena menor, porque não estabelece regras sobre como se processa, negocia e se fixam as penas". Ficou mesmo evidente que se deu "o aproveitamento da lógica do acordo de não persecução penal previsto na Resolução 181 e alterações, do Conselho Nacional do Ministério Público", sendo necessário frisar que "o projeto do novo Código de Processo Penal, em debate legislativo já iniciado, trata a questão de modo mais profundo". Nas palavras do processualista, o *plea bargaining* não parece inconstitucional, "entretanto, é necessário reorganizar todo o sistema, situação não abordada, nem justificada. De reforma parcial em reforma parcial o CPP está um monstro" e, de outro lado, "aprovar sem discutir é próprio de regimes totalitários em que se nega o direito de participar efetiva ou potencialmente, porque concernidos, do processo de elaboração normativa"[38].

> "Art. 421. Proferida a decisão de pronúncia ou de eventuais embargos de declaração, os autos serão encaminhados ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, independentemente da interposição de outros recursos, que não obstarão o julgamento.
>
> § 1º Se ocorrer circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.
>
> (...)" (NR)

5.16. O esvaziamento pragmático da decisão de pronúncia em detrimento da necessidade de controle

O dispositivo esvazia a função (pragmática) de filtro e de controle que deve ter a pronúncia.

38. ROSA, Alexandre Morais da. Proposta 'anticrime' de Moro despista sobre foco principal. *Emais Editora*, 18 fev. 2019. Disponível em: <https://www.emaiseditora.com.br/site/proposta-anticrime-de-moro-despista-sobre-foco-principal-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em: 05 mar. 2019.

No Código de Processo Penal, exige-se a preclusão da pronúncia, conforme nossa tradição, nos termos do *caput*, do art. 421: "preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri". Há mais de uma razão para se exigir a preclusão da pronúncia:

(1) o julgamento pelos jurados é baseado na íntima convicção: eles respondem a quesitos, sem expor os motivos da culpa ou da inocência do réu;

(2) os jurados são leigos: a garantia de contenção de ilicitudes, de excessos e de arbítrio no uso do processo penal para acusar é da competência do juiz da instrução preliminar, exercida quando da prolação da pronúncia;

(3) o controle sob a pronúncia, por intermédio de recursos, visa garantir que não se despreze critérios de conhecimento motivado a respeito dos fatos que serão submetidos aos jurados: vale dizer, revela o cuidado para não se remeter a júri popular alguém cuja condenação não seria válida ou que o juiz singular não condenaria.

Como se infere, a proposta de alteração realça o desprezo por valores humanos: não é tolerável usar o ser humano como instrumento para o alcance de fins populistas, como a saciedade da sociedade com a vingança antecipada e com alijamento dos critérios para conhecimento dos fatos imputados ao réu.

Sob outro prisma, a sugestão vazada no § 1º, do anteprojeto, é desprovida de sentido, indicativo do açodamento que o inspirou. Nos termos do CPP, "ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público". O sentido deste dispositivo é alcançado pela ulterior modificação do fato, antes do julgamento do imputado e, notadamente, do seu trânsito em julgado, em hipótese como a da morte da vítima que estaria internada em estabelecimento hospitalar.

A "celeridade" do inventor do anteprojeto o impediu de ver essa nuance, ao dizer que: "havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público". Que o *Parquet* irá fazer se o julgamento pelo júri já tiver ocorrido? E se tiver transitado em julgado? Ingressará com ação de revisão criminal, com *habeas corpus* ou com recurso contra o julgado, ainda que com prazo expirado?

O dispositivo será capaz de causar tumulto processual grave, mormente por desconsiderar a necessidade de preclusão da pronúncia.

"Art. 492. (...)

I - (...)

e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

(...)

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão substancial cuja resolução pelo Tribunal de Apelação possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o Tribunal de Apelação atribuir efeito suspensivo à apelação, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator da apelação no Tribunal, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia." (NR)

5.17. A soberania dos veredictos não autoriza execução antecipada da pena

Girando em torno do mesmo círculo vicioso, o remendo alterador disposto na alínea "e", do inciso I, do art. 492, do anteprojeto, indica que deve ser iniciada a execução provisória de toda e qualquer espécie de pena, assim que julgado o caso, soberanamente, pelo tribunal do júri. Cuida-se de solução equivocada, em razão do estado de inocência. A questão vem sendo ventilada, pelos tribunais, com base no sentido deturpado atribuído ao princípio da soberania dos vereditos.

Foi nessa senda que a Primeira Turma do STF reduziu a eficácia do postulado da presunção da inocência, quando deliberou que "nas condenações pelo tribunal do júri não é necessário aguardar julgamento de recurso em segundo grau de jurisdição para a execução da pena". Naquela oportunidade, "a Turma asseverou que as decisões do tribunal do júri são soberanas e, por isso, o tribunal de justiça poderia, eventualmente, anulá-las, porém não poderia substituí-las.

Todavia, neste caso apreciado pela Primeira Turma, havia sido manejado *habeas corpus* contra decisão de segunda instância que confirmou condenação por homicídio tentado e, de outro lado, determinou novo júri por outro homicídio, conexo, na forma consumada[39]. Vale dizer, o dito pelo STF não foi dito como razão de decidir, porém de passagem, sem força vinculativa.

O STJ, por outro lado, refutou, por decisão liminar monocrática, essa pretensa força executória automática – sem requisitos cautelares – das decisões do júri.

Foi objeto de exame o Enunciado nº 14, do Fonajuc que, de forma contrária e interpretando os direitos fundamentais de maneira restritiva – além de exercendo indevidamente a função de inovar o ordenamento jurídico –, declarou que "o réu condenado pelo Tribunal do Júri deve ser imediatamente recolhido ao sistema prisional a fim de que seja iniciada a execução da pena em homenagem aos princípios da soberania dos veredictos e da efetividade processual". Em decisão monocrática, da lavra da Min. Laurita Vaz, do STJ, relativamente a julgamento em que foi aplicado o aludido enunciado, foi dito que o juiz de primeiro grau se limitou "a invocar entendimento antijurídico, fundado no Enunciado nº 14 do FONAJUC (Fórum Nacional dos Juízes Criminais)", destacando, ainda que aquela dicção "é contrária ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte sobre a controvérsia".

5.18. Ampliação indevida de discricionariedade para deixar de autorizar execução provisória

Sob outro prisma, o § 3º, do mesmo art. 492, do anteprojeto, é repleto de termos indeterminados, não cumprindo minimamente a condição de previsibilidade que um texto legislativo deve ter. Cuida-se de dispositivo que pretende dar ao juiz-presidente amplo poder discricionário, ao avivar que "o presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver

---

39. STF - Primeira Turma - HC 140449/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 6.11.2018.

uma questão substancial cuja resolução pelo Tribunal de Apelação possa plausivelmente levar à revisão da condenação”.

O despreparo de quem escreveu o anteprojeto salta aos olhos. Ele retorna com expressão que já havia sido banida dos textos reformadores do Código de Processo Penal: “tribunal de apelação”. São usados os advérbios de modo “excepcionalmente” e “plausivelmente”, carentes de função delimitativa dos pressupostos de fato que poderiam impedir a execução provisória que tem o intento de autorizar automaticamente[40]. Em outros termos, é difícil demonstrar, por meio de provas, o motivo pelo qual se entendeu excepcional ou plausível uma situação. São termos que pouco dizem acerca do que se entende por suficiente à incidência do enunciado, ou seja, grassa demasiadamente o arbítrio para suspender a execução apenas nos casos que se deseja.

Os demais parágrafos preconizam a inexistência de efeito suspensivo do recurso de apelação contra a sentença condenatória decorrente de decisões do júri. Trata-se de retrocesso injustificável. O estado de inocência é golpeado. Inverte-se o valor do ser humano. Descura-se de que o imputado não teve contra si a culpa formada por título transitado em julgado. É imprimida velocidade máxima a já existente permeabilidade entre a situação de suspeito à apenado.

5.19. Ainda a discricionariedade ampliada: atribuição de efeito suspensivo a recurso

O § 5º é curioso ao permitir que se atribua efeito suspensivo se o julgador considerar que o recurso não é “manifestamente protelatório”. Aliás, alguma vez o recurso interposto pelo Ministério Público foi considerado protelatório ou somente o do acusado assim o foi na prática forense? Onde estará a régua para prejulgarmos que um recurso não é protelatório? Quer dizer que o acusado deve colaborar com seu próprio encarceramento? Deve ele mitigar o prejuízo – *the duty*

---

40. Percebendo o abuso do vernáculo no anteprojeto, Alexandre Morais da Rosa ponderou, apropriadamente, que, “por mais que o artigo 5º, LVII, da Constituição da República seja claro ao estatuir que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ e que o artigo 283 do Código de Processo Penal dispõe que ‘ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva’, pelo projeto “anticrime” se pretende inverter a lógica para que a prisão seja a regra, e a suspensão da execução provisória exceção, reservada aos casos em que houver uma ‘questão constitucional ou legal relevante’ (*sic*). Aliás, o projeto do ministro é cheio de ‘excepcionalmentes’” (ROSA, Alexandre Morais da. O projeto anticrime passaria no teste Kobayashi Maru. *Conjur*: limite penal, 01 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/limite-penal-projeto-anticrime-passaria-teste-kobayashi-maru>. Acesso em: 05 mar. 2019).

to mitigate the loss? Ele não tem direito a dilatar o procedimento, alçando maiores possibilidades de exercer a ampla defesa?

Mais uma vez o projeto assusta por propor alternativas inquisitivas, extirpadoras do direito à ampla defesa (plenitude de defesa – no júri) e dos meios e recursos a ela inerentes. A dificuldade sugerida, aplicável com mais rigor ao júri, é frontalmente contraditória à razão de ser dessa instituição:

(1) o júri é direito fundamental garantido ao imputado: não pode ser interpretado em seu desfavor o princípio da soberania dos vereditos; e

(2) o princípio da plenitude de defesa tem sentido mais forte que o da ampla defesa: não é adequada a interpretação que admite ausência de efeito suspensivo ao recurso de apelação, pois isso significaria menores chances de defesa ao réu no rito dos crimes dolosos contra a vida, comparativamente aos demais procedimentos.

O autor do anteprojeto tem o vezo de se valer de expressões dúbias ou de manipulação discursiva para atender o propósito de punir mais. Os incisos do § 5º contém duas hipóteses que tendem a alargar o perfil inquisitivo do juiz, diante do casuísmo sugerido e do vernáculo aberto. Nessa esteira, o seu inciso II é assustador, porquanto só terá aplicação se "o tribunal de apelação" – ou o relator singularmente?! – julgar provisoriamente o recurso, mantendo reserva sobre o que imagina que será, no futuro, a sua decisão final. Nada mais técnico e mais confuso.

Na prática, não vemos como aplicar tal enunciado redigido como está. E os casos de admissão de aplicação de efeito suspensivo à apelação são incríveis, aventando que assim poderá ser quando o apelo levantar "uma questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto".

5.20. Efeito suspensivo incidental diferido no tempo

O tumulto está completo com a ilação do § 6º, que aviva que "o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Relator da apelação no Tribunal, e deverá conter cópias da sentença condenatória, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade, e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia".

5.21. Violações a direitos fundamentais do imputado diante da localização do direito individual ao julgamento pelo júri no art. 5º, da Constituição

Para arrematar tudo o que dissemos até aqui, devemos chamar a atenção para a opinião abalizada dos processualistas penais sobre o tema.

Nessa linha, Vítor Paczek e Aury Lopes Jr também apontam que "a proposta legislativa não é adequada à Constituição Federal", especificando quatro equívocos violadores do devido processo legal, da presunção de inocência e do direito ao recurso, além do que evidencia que a antítese do documento anticrime "à real efetividade dos julgamentos do recurso em sentido estrito", de acordo com "amostragem no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul". Em suma, os equívocos são sintetizados como: (1) "desvio de finalidade, em nome da eficácia do Direito Penal", haja vista que "O devido processo legal não permite que, a pretexto de julgamento céleres, despreze-se que a demora jurisdicional está na tramitação dos casos nas cortes superiores"; (2) tolerância a julgamentos infundados, tornando "restrito juízo de revisão das decisões que encerram o primeiro procedimento do júri, como a pronúncia", com legitimação do "envio do caso para julgamento pelo plenário do júri", sem sua necessária preclusão, prestigiando, açodadamente, "a decisão do juiz que conduziu a primeira fase do procedimento e dar efetividade, mitigando os efeitos do juízo de revisão"; (3) "patente risco de perda do objeto dos recursos em sentido estrito que questionem a decisão de pronúncia", além do que "a proposta será prejudicial em relação ao tempo e recursos gastos na análise dos recursos que serão esvaziados pelo julgamento no tribunal do júri", diante da possível perda do objeto de recursos interpostos; e (4) acreditar que as decisões de pronúncia são, geralmente, "produzidas de maneira válida, o que também viola o devido processo legal e o direito ao recurso, pretendendo imunizar as decisões do efetivo juízo de revisão"[41].

41. PACZEK, Vítor. LOPES JR, Aury. Alteração das regras do tribunal do júri no pacote 'anticrime' é inconstitucional. *Conjur*: opinião, 14 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/opiniao-alteracao-regras-tribunal-juri-pacote-anticrime>. Acesso em: 05 mar. 2019.

> "Art. 584. (...)
>
> § 2º O recurso da pronúncia não terá efeito suspensivo e será processado por meio de cópias das peças principais dos autos ou, no caso de processo eletrônico, dos arquivos.
>
> (...)" (NR)

5.22. A indevida previsão de ausência de efeito suspensivo contra a decisão de pronúncia

Como anotamos acima, é de todo indevido tentar suprimir o efeito suspensivo do recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia.

De outra vertente, é de ver que a lamentável forma de querer a todo custo remendar o Código tornou cego o proponente do anteprojeto.

De fato, a redação do *caput*, do art. 584, do CPP, refere-se à "concessão de livramento condicional"[42], no tópico que disciplina o recurso em sentido estrito. No entanto, a modificação recai sobre o § 2º, sem referir ao enunciado da cabeça do dispositivo, carente de adequação legislativa.

Isso porque é cediço que aquele incidente (livramento condicional) é do processo de execução penal (independentemente da sua natureza definitiva ou provisória) e que a Lei de Execução Penal revogou tacitamente vários casos de recurso sem sentido estrito, diante da previsão de recurso de agravo em execução contra os incidentes do processo executivo penal.

Assim sendo, o recurso cabível contra a decisão que delibera sobre livramento condicional é o do art. 197, da Lei de Execução Penal.

Veja-se que o subscritor do anteprojeto poderia ter atualizado o *caput*, a fim de sistematizar o ordenamento jurídico no ponto. No entanto, somente o reproduziu, com idêntica redação e, no seu § 2º, preocupou-se em prever a ausência de efeito suspensivo do "recurso da pronúncia", em redação de parca técnica.

A falta de zelo com o texto que ora se apresenta como "projeto anticrime" é surpreendente neste enunciado, máxime em razão de repetir menção de incisos revogados tacitamente pela Lei de Execução Penal, a exemplo do inciso XVII, que prevê a hipótese da decisão de unificação das penas que desafiava recurso em sentido estrito mas, com a LEP, passou a exigir agravo em execução penal. Mesmo raciocínio

42. Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.

vale para o citado inciso XXIV (conversão da pena de multa em pena restritiva de liberdade, com redação vetusta aventando a possibilidade de aplicação de "detenção ou prisão simples" em substituição).

> "Art. 609. (...)
>
> § 1º Quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância, serão admitidos embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos no prazo de dez dias, contado da publicação do acórdão, na forma do art. 613.
>
> § 2º Os embargos a que se refere o § 1º serão restritos à matéria objeto de divergência e suspenderão a execução da condenação criminal." (NR)

5.23. Limitação do objeto dos embargos infringentes e de nulidade

Vamos, primeiramente, comparar a redação do anteprojeto com a do Código de Processo Penal.

O parágrafo único, do art. 609, do CPP, pontifica que "quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência".

Veja-se que o teor daquele dispositivo do Código permite interposição ampla dos embargos infringentes, em favor do réu, exigindo, tão somente, que:

(a) a decisão de segunda instância seja desfavorável ao réu (não somente decisão de absolvição, mas outras com outro conteúdo desfavorável – malgrado, no STF, tenha sido criado o conceito de "voto absolutório em sentido próprio"[43], para que os embargos infringentes previstos no seu Regimento Interno seja admitido);

(b) não haja unanimidade, independentemente do número de votos vencidos.

Por sua vez, os parágrafos que são sugestionados no corpo do pacote anticrime logram piorar o regramento dos embargos infringentes e de nulidade, com ambígua redação, que dificulta o entendimento:

43. STF – Pleno – AP 863 EI – AgR/SP – Rel. Min. Edson Fachin – j. 19 abr. 2018.

(1) suprimiu a necessidade de que a decisão de segunda instância seja "desfavorável ao réu", para colocar no lugar a expressão "quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância", em péssimo vernáculo: o texto, como está, indica o desejo de tornar aberta a possibilidade de interposição de embargos infringentes e de nulidade em favor da acusação, desde que "restritos à matéria objeto de divergência", a partir da existência de voto absolutório (note-se que o texto permite sustentar a possibilidade, tanto do cabimento de embargos infringentes e de nulidade pelo réu defendendo sua absolvição, como também pelo Ministério Público que, a partir do voto absolutório pede revisão do julgado como um todo, pleiteando aumento de pena – *reformatio in pejus* vedada[44]);

(2) tornou sem sentido ser os embargos infringentes também de nulidade: o recurso é um só, no entanto a expressão "embargos de nulidade" reporta-se à questão processual, desfavorável ao réu, tais como a equivocada admissibilidade de recurso intempestivo interposto pelo Ministério Público, mas com voto vencido pelo seu não conhecimento. Ora, se somente cabível diante da existência de "voto vencido pela absolvição", desaparece a razão de ser da expressão composta "embargos infringentes e de nulidade", porque apenas será "embargos infringentes";

(3) o § 2º, ademais, averba, desnecessariamente, a existência de efeito suspensivo deste recurso: se o for interposto pelo Ministério Público, terá o condão de suspender efeitos favoráveis ao réu? Outra lamentável e inconstitucional previsão do anteprojeto e que, diante da simpatia do proponente com os juízos discricionários, o resultado poderá ser de redução do raio do direito de defesa que, necessariamente, subentende meios e recursos inerentes a ela.

44. Pondere-se, ainda, que a nossa preocupação não é sem razão, eis que os embargos infringentes e de nulidade, sempre em favor da defesa nos termos do Código, permitem ampla devolução da matéria. Luís Manzano explica – sob a ótica de ser um recurso exclusivamente manejável pelo réu ou a seu favor – que "por sua natureza, os embargos infringentes propiciam o reexame da matéria objeto da discordância, ocorrida no julgamento de uma apelação ou de um recurso em sentido estrito, por uma turma ampliada de juízes ou desembargadores" (MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.760).

"Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa levar à provável revisão da condenação.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada." (NR)

5.24. Execução provisória de ofício e discricionariedade de sua denegação

O dispositivo deseja permitir a denominada "execução provisória de pena". A proposta esbarra no postulado da presunção de inocência, princípio-base do direito processual penal. A execução provisória não pode ocorrer de forma automática.

Aliás, consoante pondera Lenio Luiz Streck, o projeto "endossa a tese da prisão automática e obrigatória", porém: (a) parece-lhe "muito claramente inconstitucional; e (b) "não traduz 'o entendimento atual', mas, sim, a leitura de dois ministros. O ministro pode sustentar o que bem entender, mas isso deve ser dito, e deve ser dito às claras"[45].

Outrossim, o enunciado, ainda, inverte toda a lógica consagrada da execução penal para determinar que ela se dê imediatamente, avivando, no entanto, no seu § 1º, que "o tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante".

Note-se que o espaço de discricionariedade do tribunal seria aumentado demasiadamente com esse enunciado.

Ora, o direito deve pretender o contrário: limitar a contingência, conferir previsibilidade, evitar arbitrariedades, conter abuso de poder.

Por mais de uma razão, o art. 617-A, proposto ao CPP, é inconstitucional. Aliás, anotamos em outro lugar[46], que a regra que afirma a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, interpostos contra condenação, deve receber interpretação conforme a constituição.

---

45. STRECK, Lenio Luiz. O "pacote anticrime" de Sérgio Moro e o martelo dos feiticeiros. *Conjur*: senso incomum, 07 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>. Acesso em: 06 mar. 2019.
46. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.1468-1470.

"Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão constitucional ou legal relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 2º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente no recurso ou por meio de petição em separado, dirigida diretamente ao relator do recurso no Tribunal Superior, instruída com cópias do acórdão impugnado, das razões do recurso e de prova da sua tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia." (NR)

5.25. Efeito suspensivo em recurso extraordinário ou especial em matéria penal

A inerente ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário em matéria não penal tem resvalado em "publicidade opressiva de julgamentos criminais", na dicção de Simone Schreiber[47]. Isso porque a grande mídia repete reiteradamente a inexistência de efeito suspensivo de recursos extraordinário e especial, inclusive em matéria criminal.

A proposta de modificação do art. 637, do CPP, reprisa tentativa de manter a possibilidade de execução imediata da pena e incrementa doses de discricionariedade. No entanto, conforme sustentamos[48], aquele efeito não deve ter aplicação ao

47. Consoante aduz a autora, "a distinção entre a verdade midiática e a verdade processual é de fundamental importância para se compreender a nocividade de determinadas manifestações jornalísticas que se arvoram em desvendar fatos criminosos e pautar a atuação da justiça a partir de sua atuação. A verdade produzida pela imprensa não é mediada pelas garantias do processo, portanto, não pode ser levada em conta pelo juiz quando dita a sentença" (SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.410).
48. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.1468-1470.

processo penal de maneira irrestrita, notadamente quando aqueles recursos forem interpostos em favor do acusado.

Isso porque os dispositivos processuais penais devem ser interpretados de acordo com o princípio da presunção de não culpabilidade, cuja natureza é de vetor hermenêutico maior, estruturador, autêntico postulado. Ademais, outros enunciados constitucionais e infraconstitucionais impõem o dever dos órgãos do Poder Judiciário reexaminar amplamente uma decisão condenatória, escoimando-a de qualquer equívoco, considerando a importância que a Constituição conferiu ao valor liberdade do ser humano[49].

Por outro lado, a ilação de que recursos extraordinário e especial não autorizam reexame de fatos e de provas em matéria não criminal também precisa ser retificada. Diferentemente do propalado pela grande mídia, os recursos criminais, ainda que de natureza extraordinária, impõem aos órgãos jurisdicionais exame amplo de provas e de fatos, em função do efeito translativo em favor do réu.

Os tribunais superiores mencionam a técnica de concessão de *habeas corpus* de ofício, ou seja, sem provocação, quando, ao apreciarem um recurso extraordinário ou especial, constatam ilicitude, antijuridicidade, mesmo no tocante à prova. Não deve ser tolerada, por exemplo, prova ilícita ou colhida sem respeito à forma gizada na Constituição, nas convenções e nas leis.

Ainda que se cuide de recurso extraordinário – cuja jurisprudência reiterada afirma que nele somente cabe exame de matéria de direito –, quando o caso confrontar a limitação da liberdade do réu, é dever do tribunal aplicar o seu efeito translativo, a fim de coibir condenações abusivas, ilícitas, inconstitucionais ou ilegítimas.

Diversos dispositivos permitem essa conclusão. Senão vejamos:

(a) o inciso LXV, do art. 5º, da Constituição, preconiza que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária", previsão essa que permite concluir, sistematicamente, que o tribunal deve coibir tanto a prisão ilegal quanto a sua ameaça por meio de um processo que consubstancia uma antijuridicidade;

49. De forma contrária e interpretando os direitos fundamentais de maneira restritiva – além de exercendo indevidamente a função de inovar o ordenamento jurídico –, juízes criminais reunidos emitiram o Enunciado nº 14, do Fonajuc, declarando que "o réu condenado pelo Tribunal do Júri deve ser imediatamente recolhido ao sistema prisional a fim de que seja iniciada a execução da pena em homenagem aos princípios da soberania dos veredictos e da efetividade processual". Em decisão monocrática, da lavra da Min. Laurita Vaz, do STJ, relativamente a julgamento em que foi aplicado o aludido enunciado, foi dito que o juiz de primeiro grau se limitou "a invocar entendimento antijurídico, fundado no Enunciado n.º 14 do FONAJUC (Fórum Nacional dos Juízes Criminais)", destacando, ainda que aquela dicção "é contrária ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte sobre a controvérsia" (STJ – HC 458.249/TO – Decisão Monocrática – Min. Laurita Vaz – j. 2/8/2018).

(b) a Constituição realça, ademais, que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança", de modo que, em sede de recurso, pode-se extrair que a atuação fiscalizatória da liberdade do acusado é dever atribuído ao tribunal (art. 5º, LXVI, CF);

(c) em conjunto com essas disposições, o LXVIII, do art. 5º, da CF, estatui que será concedido "*habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"; e, no plano infraconstitucional,

(d) o § 2º, do art. 654, do CPP, que estampa que "os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal".

Como se depreende, negar efeito suspensivo a recurso especial e extraordinário manejado contra condenação não encontra respaldo jurídico, seja diante do postulado da presunção de inocência, seja em razão do expresso no art. 283, do CPP, seja ainda pelos dispositivos aqui descritos.

> "Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos." (NR)

5.26. Remissão à lei processual civil

A assimilação automática da disciplina civil dos recursos extraordinário e especial, criticada por nós acima, ao processo penal, é de todo não recomendada. O direito processual penal – é cediço – veicula direito de liberdade. A falta de efeito suspensivo generalizada autorizaria a execução automática e, somente nos casos discricionariamente permitidos pelo juiz, poderia ser impedida a execução. A lógica do sistema fundado na presunção de inocência é, justamente, contrária a essa solução.

Também é equivocado pensar que, no direito criminal, os recursos extraordinário e especial não admitam exame de matéria fática, sobre provas. Isso em razão do dever – imposto constitucionalmente – que tem o Poder Judiciário de coibir, de ofício, ameaça de lesão (por processo com ilicitude) ou lesão efetiva a direito. Inconstitucional, portanto, a tentativa de mistura de categorias próprias do processo civil ao penal.

6. MUDANÇAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Art. 4º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 9º-A. Os condenados por crimes praticados com dolo, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.
>
> (...)
>
> § 3º Os condenados por crimes dolosos que não tiverem sido submetidos à identificação do perfil genético quando do ingresso no estabelecimento prisional poderão ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena.
>
> § 4º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético." (NR)

6.1. Ampliação de submissão do imputado à identificação genética

O art. 9º-A, *caput*, em tela, do anteprojeto anticrime, correlato ao mesmo dispositivo da LEP, pretende ampliar a submissão do imputado à identificação genética:

(1) o enunciado se satisfaz que seja o identificado pessoa condenada por crime doloso, deixando de exigir que o delito tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa;

(2) prevê, expressamente, que o imputado seja submetido à identificação do perfil genético, "mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória"; e

(3) especifica que a identificação seja feita "quando do ingresso no estabelecimento prisional".

O seu § 3º, de sua vez, "faculta" que aqueles "condenados" que não tenham sido submetidos à identificação do perfil genético quando da entrada no estabelecimento prisional, sejam assim identificados "durante o cumprimento da pena".

Como se infere, há desproporção na generalização da submissão de pessoas à identificação do perfil genético. É inconstitucional:

(a) ao dispensar o trânsito em julgado, por antecipar efeitos que seriam próprios da condenação, violando o princípio da presunção da inocência;

(b) ao aumentar o leque de identificados, permitindo que o procedimento se dê amplamente para todo condenado por crime doloso, sem indicar necessidade concreta (descompasso com o princípio da proporcionalidade);

(3) ao imprimir efeitos retroativos da identificação para quem estiver cumprindo pena quando do eventual advento da legislação respectiva, inclusive em relação ao que cumprem condenações transitadas em julgado (violação ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa); e

(4) ao não prever cessação de controle dos identificados geneticamente, instituindo regime similar ao de liberdade vigiada capaz de se protrair para momento subsequente à extinção da pena (vedação de efeitos perpétuos decorrente da pena).

Vale comparar o que aqui foi dito com alcance da redação atual, do art. 9º-A, da Lei de Execução Penal. Cuida-se de dispositivo que, apesar de também violar direitos fundamentais, é bem mais restrito se cotejado com a proposta antidelito. Segundo disciplina a LEP no ponto, "os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor".

6.2. Efeito retroativo da previsão aos que se encontram cumprindo pena

Veja-se, de outra lente, que logo se amplia o espectro da identificação genética, admitindo-a também durante o cumprimento da pena (§ 3º). Note-se que a aplicação retroativa – não somente em relação aos fatos cometidos anteriormente ao advento da futura lei, mas também aos atuais apenados – é inconstitucional.

O § 4º, também inconstitucional, estabelece regra que viola o princípio de que ninguém deve ser compelido a contribuir com sua própria incriminação (presente ou futura), sintetizada na expressão *nemo tenetur se detegere*.

Realmente, como justificar punição administrativa em virtude de exercício de um direito? Eis o texto do aludido parágrafo: "constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético".

> "Art. 105. Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância de pena privativa de liberdade, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução." (NR)

6.3. Emissão de guia de recolhimento para a execução definitiva ou provisória

O dispositivo proposto é inteiramente desnecessário. Trata-se de corolário do fetiche do seu inventor pela execução provisória de pena. O texto do art. 105, da Lei de Execução Penal já admite a emissão de guia de recolhimento para execução penal de presos provisórios. A mudança é sem sentido e indica desconhecimento de que há permissivo legal para emissão de guia de execução penal toda vez que, por exemplo, uma pessoa condenada tem contra si decreto de prisão preventiva com fundamento nos seus requisitos legais (art. 312, CPP).

Vale dizer, o preso cautelar que tiver contra si sentença condenatória será recolhido por meio de guia que garanta a ele a aplicação dos institutos que lhe forem benéficos, previstos ao preso definitivo. A Lei de Execução Penal, ademais, tem órbita de incidência que alcança apenados e custodiados cautelares, como endossam os enunciados 716 e 717 da Súmula do STF.

De acordo com o parágrafo único, do seu art. 2º, ela deve ser aplicada "igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária". E, em compasso com o seu art. 105, "transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução".

> "Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicar pena restritiva de direitos ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância de pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução e poderá requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares." (NR)

6.4. Execução das penas restritivas de direito

A execução da pena, seja ela restritiva de direito ou privativa de liberdade, só deve ser implementada depois do trânsito em julgado. O Supremo Tribunal Federal,

seguido dos demais tribunais, já havia fixado a orientação de que ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, permitindo-se a prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva[50].

A teor do art. 147, da Lei de Execução Penal, é necessário estar "transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos", para que o juiz da execução, "de ofício ou a requerimento do Ministério Público", promova a execução. Para tanto, poderá "requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares". Como se depreende, a proposta apresentada deseja, na linha das demais modificações, antecipar o momento da punição, à míngua das garantias fundamentais.

> "Art. 164. Extraída certidão da decisão condenatória em segunda instância ou de trânsito em julgado da sentença condenatória, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.
>
> (...)" (NR)

6.5. Execução da pena de multa

Se o responsável pelo anteprojeto anticrime desejasse diminuir o espaço de dúvidas ocasionado pela disposição do art. 164, da LEP, em confronto com o art. 51, do Código Penal, explicitaria se a legitimação para promover a execução da multa caberia apenas ao Ministério Público, apenas à Fazenda Pública (por ser dívida de valor) ou a ambos, como entendeu o STF recentemente.

Entretanto, a ideia fixa que norteou o criador do anteprojeto foi a de permitir a execução antes da formação de culpa. Olvidou acirrado debate que houve no STF, no bojo do julgamento da ADI n.º 3150, cuja controvérsia girava sobre o art. 51, do Código Penal, que estabelece a conversão da multa pecuniária em dívida de valor quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ordenando que a cobrança se dê na forma da legislação alusiva à dívida ativa.

50. STF – HC 84.078/MG – Rel. Min. Eros Grau – DJ 05/02/2009 – Informativo STF nº 534.

Naquela ocasião, por decisão majoritária, o Pleno da Corte Suprema entendeu que a transformação da multa em dívida de valor não suprime a atribuição do Ministério Público para executar o *quantum debeatur*, haja vista que a multa continuaria a ter natureza jurídica penal, não sendo possível desnaturá-la por meio de lei.

Desse modo, como a Lei de Execução Penal possui previsão para que o Ministério Público execute a multa (art. 164, *caput*, LEP), a prioridade para a sua cobrança deve ser atribuída, segundo tal entendimento da Corte Maior brasileira, àquele órgão e não à Fazenda Pública. Daí ter o STF assentado que caso o *Parquet*, no prazo de noventa dias, não cobre a multa, o juízo da vara criminal deverá comunicar ao órgão da Fazenda Pública, que funcionaria com atuação subsidiária[51].

Nada disso foi observado no anteprojeto. Aliás, como foi ele escrito, de forma inédita, sem debate com os diversos setores preocupados com o sistema de justiça criminal, nada mais lógica a cegueira na redação dos dispositivos.

Vale dizer, sem embargo, que, não obstante os argumentos exarados naquele julgado, pensamos que a promoção da execução de dívidas, ainda que de valores decorrentes de sanção criminal, não se acomoda a qualquer das funções institucionais do Ministério Público, instituição com o dever de promover e defender interesses primários, sejam eles difusos, coletivos e individuais indisponíveis (art. 127, CF/1988). Como o valor da multa é carreado à União, o órgão que detém essa atribuição é, segundo as divisões de tarefas instituídas na legislação brasileira, o da Fazenda Pública[52].

---

51. STF – ADI 3150 – Rel. Min. Roberto Barroso –j. 13/12/2018 – Notícias: Notícias. Legitimidade para execução da multa penal é do Ministério Público. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398607>. Acesso em: 15 dez. 2018.
52. Nesse sentido, anotamos em outro trabalho (ARAÚJO, Fábio Roque de; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.1758-1759).

7. MUDANÇAS NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Art. 5º A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 2º (...)
>
> § 5º A progressão de regime, para condenados pelos crimes previstos neste artigo, se dará somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima.
>
> § 6º Observado o disposto no § 5º, a progressão de regime ficará subordinada ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir.
>
> § 7º Ficam vedadas aos condenados, definitiva ou provisoriamente, por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo:
>
> I - durante o cumprimento do regime fechado, saídas temporárias, por qualquer motivo, do estabelecimento prisional, exceto nas hipóteses de que trata o art. 120 da Lei nº 7.210, de 1984 - Lei de Execução Penal, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta; e
>
> II - durante o cumprimento do regime semiaberto, saídas temporárias, por qualquer motivo, do estabelecimento prisional, exceto nas hipóteses de que trata o art. 120 da Lei nº 7.210, de 1984 - Lei de Execução Penal, para comparecer em audiências, sempre mediante escolta, ou para trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizantes." (NR)

7.1. Restrições à progressão de regime

Os parágrafos 2º e 3º seguem o caminho de procurar dificultar a progressão de regime. A ignorância científica tomou conta de todo o texto. Parece se arrimar apenas na fé de que o aumento do tempo de prisão é adequado ao tratamento da questão criminal. Para completar, também incrementa as doses de discricionariedade e de subjetividade, para subordinar a progressão de regime a critérios de difícil controle.

7.2. Permissão de saída e saída temporária

Uma brutalidade, desumano, vedar "saída temporária" por qualquer motivo (§ 7º), a exemplo dos estudos. Pior ainda quando o subscritor do anteprojeto confunde o instituto com a "permissão de saída", esta sim disciplinada no mencionado art. 120, da LEP. Os conceitos de "permissão de saída" e de "saída temporária" são

distintos e pertencem ao gênero "autorizações de saída". Tudo disposto na Lei de Execução Penal, explicados pela doutrina, como aliás anotamos em outros estudos[53].

Por derradeiro – não poderia faltar –, o fetiche pela execução provisória também se faz presente para impor rigidez punitiva arbitrária.

8. MUDANÇAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 6º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 17. (...)
>
> § 1º A transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.
>
> (...)" (NR)

8.1. Inconstitucionalidade da ampliação do *plea bargain* de forma genérica

O rigor técnico passou bem distante desse dispositivo que, a sua vez, sugere mesclar o regime cível da improbidade administrativa com o criminal da Lei nº 12.850/2013 e, ainda, com aquele da legislação anticorrupção aplicável à pessoa jurídica (Lei nº 12.846/2013). O resultado dessa mistura significará grande espaço de incerteza, maior discricionariedade e supressão de garantias. Inconstitucional do ponto de vista material.

8.2. Inconstitucionalidade formal da disciplina cível por intermédio de projeto de lei com conteúdo criminal

No ponto, também inconstitucional formalmente a proposta, por ofender o procedimento talhado na Lei Complementar nº 95/1998, eis que cada projeto deve cuidar de uma matéria específica. Não é adequado à legislação que regula a feitura

53. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.1802.

das leis inserir propostas de modificação da Lei de Improbidade Administrativa no "pacote anticrime".

9. MUDANÇAS NA LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Art. 7º A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 9º-A A interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática poderá ocorrer por qualquer meio tecnológico disponível, desde que assegurada a integridade da diligência, e poderá incluir a apreensão do conteúdo de mensagens e arquivos eletrônicos já armazenado em caixas postais eletrônicas." (NR)

9.1. Necessidade de demarcação de conceitos em matéria de comunicações

O dispositivo confunde o conceito de interceptação que pressupõe fluxo de sinais, sonoros ou de dados, com o afastamento de sigilo de dados em um dispositivo muito peculiar, que é a caixa postal eletrônica.

Podemos dizer que a apreensão do que está armazenado em caixas de e-mail não é, logicamente, objeto de interceptação. Também não se trata de correspondência que possa ser interpretada como que a versão atual das antigas cartas ou missivas.

Para a regulamentação de tal espaço virtual, de realidade ampliada, seria necessário amplo debate. Estudiosos sobre o tema, juristas já expuseram advertências sobre a questão. Precisaríamos de um amplo debate. O que desejamos para o Brasil? Estado de polícia? Privação ilimitada da intimidade em busca de desvendamento de crimes emblemáticos, tal como se dá no cinema?

Dois textos de fácil acesso podemos recomendar para incentivar à reflexão. O primeiro é o de Geraldo Prado, sobre os limites da interceptação telefônica, já amplamente repercutido[54]. O segundo é a entrevista prestada por Tércio Sampaio Ferraz Jr[55].

9.2. Inconstitucionalidade da previsão diante de sua excessiva abertura textual

O dispositivo objeto da proposta anticrime não resiste ao filtro de constitucionalidade.

54. PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
55. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Juízes operam com conceitos velhos em um mundo novo. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/tercio-sampaio-juizes-operam-conceitos-velhos-em-um-mundo-novo-4fniz3cac3p5jpu70hzu40qnw/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

Isso por mais de uma razão:

(1) a caixa de e-mail pode ser dotada de multifuncionalidade e de grande capacidade de armazenamento, com várias regras de sigilo envolvidas: nela podem estar depositados todos os dados de uma vida, tais como fotos, dados fiscais, documentos digitalizados, dentre outras;

(2) as mensagens eletrônicas armazenadas podem não ter sido abertas, podem ter conteúdo que extravasa os limites do sigilo afastado, como sigilo bancário e financeiro;

(3) os conceitos usados pelos juristas estão defasados diante das novas tecnologias encontradas: se podemos acreditar que precisamos de nova regulamentação acerca do afastamento do sigilo nestes casos, também temos que convir que não pode ser feito por um dispositivo que permita o alijamento do sigilo de caixas postais eletrônicas de qualquer maneira;

(4) é extremamente rico em incertezas o primeiro trecho do enunciado que diz que as interceptações de comunicações em sistemas de informática e telemática poderá ocorrer por qualquer meio tecnológico disponível desde que assegurada a integridade da diligência: vale dizer, que "qualquer meio tecnológico" seria esse? Existem equipamentos capazes de devassar a intimidade no grau máximo. Seriam esses permitidos? Um grampo ilimitado? Veja-se a preocupação que aqui se coloca: o dispositivo deseja autorizativo para qualquer espécie de invasão, sem observância de conceitos que forcem o agente estatal a seguir parâmetros que não fira de morte o elemento nuclear do ser humano. Há notícia, por exemplo, de tecnologia israelense[56], capaz de invadir todos os campos da intimidade, ao menos aquela que seja objeto de comunicação ou de armazenamento (até hoje não se sabe o que se

56. Vale conferir a seguinte notícia que informa o uso desse equipamento sem que haja previsão legal específica e adequação constitucional. "Listas de contatos, conversas pelo WhatsApp, informações das redes sociais e de e-mails, fotos e vídeos e dados de localização, além de buscas e sites visitados. Nada escapa do temido equipamento usado pelo Polícia Federal para extrair todos os dados de aparelhos celulares apreendidos na operação Lava Jato. Com ele, os investigadores fazem uma verdadeira limpa nos aparelhos, mesmo os bloqueados por senha ou criptografados. O equipamento, chamado Ufed Touch, desenvolvido pela empresa israelense Cellebrite, foi um dos produtos que mais despertaram a curiosidade do público durante a Laad — Feira Internacional de Segurança Pública e Corporativa, que aconteceu no Rio de terça a quinta-feira da última semana. — É importante dizer que garantimos a preservação doa dados após a extração. Não deixamos que nada se perca ou corrompa-se. É um equipamento 100% forense, que garante a preservação das provas — explica Frederico Bonincontro. O equipamento já é utilizado no Brasil de seis a oito anos, mas vai evoluindo ano a ano. Além dos criminosos, o Ufed também pode ser utilizado para retirar informações dos aparelhos de vítimas de crimes, como, por exemplo, alguém que tenha sido sequestrado ou esteja desaparecido. Na Laad, a Cellebrite apresentou ainda outro equipamento de extração de dados de celulares. Esse modelo, chamado Infield Kiosk, ainda não é utilizado no Brasil. A ideia é que cada delegacia tenha o terminal, onde os policiais podem fazer a retirada de dados no momento em que a vítima, suspeito ou testemunha estejam na unidade.

pensa enquanto o pensamento está adstrito ao cérebro; caso haja essa possibilidade, o punitivista tentará um meio de documentar o que outro ser humano pensa).

10. MUDANÇAS NA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Art. 8º A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 1º (...)
>
> § 6º Não exclui o crime a participação, em qualquer fase da atividade criminal de lavagem, de agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente." (NR)

10.1. Vedação à punição por crime impossível

Malgrado a redação confusa, o dispositivo proposto traz a mesma possibilidade de punir alguém pelo crime impossível. Os comentários tecidos acima ao inciso IV, do § 1º, do art. 33, têm lugar também aqui.

10.2. Agente policial disfarçado e agente provocador

Vale enfatizar que o "agente policial disfarçado" tem o potencial de atuar como "agente provocador". Daí nascer o crime impossível. Na esteira de Rubens Casara, o delito provocado é apto "a gerar um 'delito putativo por obra do agente provocador'", numa situação que se caracteriza como "um simulacro no qual o agente, desconhecendo o contexto, encontra-se em situação na qual é incapaz de colocar em risco o bem jurídico pela norma penal". A impossibilidade de consumação do

---

Nesse caso, a extração é consentida. — A ideia do equipamento é agilizar a coleta desse tipo de dados ainda na delegacia, no início das investigações, e não esperar que as provas precisem ser produzidas já no curso do processo. Agiliza muito o trabalho da polícia — explica o diretor da Cellebrite. A Laad é a maior feira de segurança da América Latina. Este ano, o evento contou com mais de cem expositores" (HERINGER, Carolina. Equipamento israelense foi usado pela PF para extrair dados de celulares na Lava Jato. *Extra Globo*. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/equipamento-israelense-foi-usado-pela-pf-para-extrair-dados-de-celulares-na-lava-jato-19101625.html>. Acesso em: 16 fev. 2019).

delito acontece em razão de ter sido toda a ação "induzida, instigada e controlada por terceiro (provocador) com o objetivo de prender o agente (provocado)"[57].

11. MUDANÇAS NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Art. 9º A Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 17. (...)
>
> § 1º Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.
>
> § 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente." (NR)

11.1. Crime impossível e deslealdade estatal

Pelas mesmas razões que aduzimos acima, incabível tornar crime a preparação de crime. Teremos um engodo, um crime impossível. Os comentários tecidos acima ao inciso IV, do § 1º, do art. 33, têm perfeita aplicação a essa hipótese. A lei sufraga a deslealdade do próprio Estado, incentivando a prática de conduta aparentemente criminosa, para lograr êxito em prender.

> "Art. 18. (...)
>
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente." (NR)

57. CASARA, Rubens R. R. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Estúdio Editores, 2014. p.74.

11.2. Agente policial disfarçado e incremento de prisões

Novamente, o autor do anteprojeto planeja prender pessoas preparando flagrante. Remetemos ao que escrevemos acima. A indignação deve-se ao fato de ver, de um lado, a tentativa de ampliar "colaborações premiadas" e, de outro, a proposta de prender mais com agentes disfarçados. Que resultado teremos? Redução de criminalidade?

> "Art. 20. Nos crimes previstos nos art. 14, art. 15, art. 16, art. 17 e art. 18, a pena é aumentada da metade se:
>
> I - forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos art. 6º, art. 7º e art. 8º; ou
>
> II - o agente possuir registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado." (NR)

11.3. Majoração de pena por motivos alheios ao fato

Por desconhecimento dos estudos de criminologia ou por outra razão, o proponente insiste em estabelecer critérios de julgamento filiados ao direito penal do autor. Não se deve julgar um fato, com aumento de penal, por conta do "agente possuir registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado".

Aliás, que se quis dizer com essa expressão? Maus antecedentes, reincidência ou outra coisa não explicitada? Mais uma vez verificamos a preferência do subscritor pela imprevisibilidade, em contradição com os objetivos de uma lei.

> "Art. 34-A. Os dados relacionados à coleta de registros balísticos serão armazenados no Banco Nacional de Perfis Balísticos.
>
> § 1º O Banco Nacional de Perfis Balísticos tem como objetivo cadastrar armas de fogo e armazenar características de classe e individualizadoras de projéteis e de estojos de munição deflagrados por arma de fogo.
>
> § 2º O Banco Nacional de Perfis Balísticos será constituído pelos registros de elementos de munição deflagrados por armas de fogo relacionados a crimes, para subsidiar ações destinadas às apurações criminais federais, estaduais e distritais.

§ 3º O Banco Nacional de Perfis Balísticos será gerido pela unidade oficial de perícia criminal.

§ 4º Os dados constantes do Banco Nacional de Perfis Balísticos terão caráter sigiloso e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

§ 5º É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional de Perfis Balísticos.

§ 6º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional de Perfis Balísticos serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal." (NR)

11.4. Controle de armas e banco nacional de perfis balísticos

A iniciativa de controle das armas de fogo é necessária.

Da década de 1990 aos dias atuais, o Brasil tem experimentado crescimento do número de homicídios. A exasperação de penas não tem evidenciado resultados satisfatórios.

Esses dados podem ser encontrados no Atlas da Violência, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, elaborado por vários especialistas, para os quais "o enfoque no controle responsável e na retirada de armas de fogo de circulação nas cidades deve, portanto, ser objetivo prioritário das políticas de segurança pública"[58].

Pensamos que a posse de armas não deveria ser incentivada, não deveria ser fomentada, nem muito menos o mercado de armas deveria ser movimentado com base em ato normativo do Governo Federal. É sabido que foi editado o Decreto nº 9.685/2019, facilitando a posse de armas, ao modificar a regulamentação dos requisitos contidos no art. 4º do Estatuto do Desarmamento[59].

---

58. CERQUEIRA, Daniel *et alii*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Atlas da Violência*: IPEA; FBSP. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.
59. O Decreto nº 9.685/2019 é acusado de ilegal e inconstitucional, sob os argumentos: (1) de esvaziar o propósito de desarmamento do Estatuto sob exame, sendo o decreto incompatível com a legislação que deveria disciplinar; e (2) por ter o Presidente da República invadido competência do Poder Legislativo, exorbitando o poder regulamentar (SEMER, Marcelo. A farsa da pátria armada. *Revista Cult*, São Paulo, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/farsa-da-patria-armada/?fbclid=IwAR0SDRkLWvBqt-VJCnrjU2peKqMgDTIBDiQx5VCZlEvUgmQw2alKbd9FBJo>. Acesso em: 23 jan. 2019).

Por outro lado, pensamos que o direito penal não deveria ser banalizado para se expandir a ponto de exacerbar a punição de crimes de perigo abstrato. Os delitos de posse e de porte de armas eram contravenções penais até o advento da Lei nº 9.437/1997, que os alçaram à categoria de crime. Com a promulgação da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), mais uma vez aquelas condutas receberam tratamento punitivo mais severo. No entanto, o aumento do rigor persecutório não foi eficaz à contenção do aumento do número de delitos contra a vida.

Reiteramos, contudo, que não concordamos com a empolgação, fomento e incentivo à aquisição e à posse de armas.

Talvez esse seja o único ponto do anteprojeto que não resvale em medida inconstitucional, ao menos em tese. É uma tentativa de controle que, apenas com a numeração da arma, tem se mostrado insuficiente. No entanto, são necessárias duas advertências, além das que decorram do sigilo previsto naqueles enunciados:

(1) o valor a ser atribuído a esses elementos não deve ser idêntico a de uma prova técnica constituída na delimitação dos vestígios que constituem o corpo de delito. Serão elementos de informação, devendo se cuidar contra o seu uso arbitrário e para incriminar pessoas sem relação de tempo próxima com a arma;

(2) ainda necessário frisar que existem armas sofisticadas, capazes de apresentarem vários perfis balísticos[60], dificultando a identificação da arma de fogo a partir da qual se efetuou disparos.

60. Colhe-se, de texto técnico, que "a empresa *Aimpoint* mostrou sua mira/sistema de controle de tiro FCS12. O sistema foi projetado para ser instalado no canhão sem recuo *Carl Gustaf* e no *Panzerfaust* 3. O sistema tem uma mira tipo ponto vermelho sem zoom e um telêmetro laser. A mira pode ser programada para 50 perfis balísticos diferentes para ser selecionar conforme a munição usada. Uma manete pode ser instalada no lançador para se comunicar com a mira por conexão *wireless*" (FORTE. FCS12 da Aimpoint. *Forças terrestres*: noticiário internacional. Disponível em: <https://www.forte.jor.br/2011/11/23/fcs12-da-aimpoint/>. Acesso em: 17 fev. 2019).

12. MUDANÇAS NA LEI DE DROGAS

Art. 10. A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 33. (...)
>
> § 1º (...)
>
> IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.
>
> (...)" (NR)

12.1. Inserção do agente encoberto

A "inovação" pretende legitimar o "flagrante provocado", figura vetusta refutada, inclusive, por súmula pelos tribunais, diante das narrativas de abusos de policiais no curso da história brasileira. Denominado de "agente encoberto" ou "agente policial disfarçado" este estaria autorizado a incriminar pessoas, por fatos pretéritos, em razão de incentivo à venda de drogas.

Mais uma absurda sugestão, impressionante.

Usa-se o conhecido "jeitinho" para incriminar alguém que é vítima de flagrante preparado pela polícia "descaracterizada". O jeito encontrado é o descrito na parte final do inciso IV, do § 1º, do enunciado em tela, correspondente ao art. 33, da Lei de Drogas: se for entregue droga a agente disfarçado, haverá crime de tráfico, desde que "presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente". A "colher de chá" é a suposição de que tudo está justificado, diante da enigmática expressão "elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente".

12.2. Caracterização do crime impossível – Súmula 145, do STF

Por amor à didática, cabe transcrever o teor da antiga Súmula nº 145, do STF: "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

Vale dizer, ainda, que o anteprojeto pretende regular direito criminal (que deveria ser claro, estrito – mas é ambíguo!). No dispositivo fala "elementos probatórios 'razoáveis'", de delito anterior. Que é isso? De que ordenamento jurídico se retirou a inspiração para o uso da palavra "razoáveis"? Imagine-se: o agente policial "disfarçado" (sem farda ou fantasiado?) pede para comprar drogas a um suposto traficante de drogas, oferecendo-lhe dinheiro. Antes de se tornar perfeita a venda, surge a voz de prisão. Houve provocação da situação de flagrante? Havia condições de se consumar o delito de tráfico? É proceder do Estado aceitável eticamente ou em conformidade com as garantias do art. 5°, CF? Esse o sentido do enunciado do anteprojeto. Depois de "preso" com a prova ilícita decorrente da provocação, somado ao elemento "probatório" anterior "razoável", oferece-se uma "barganha". Em síntese, teremos uma fábrica de fazer presos. E de forma muito facilitada.

Note-se ainda que as figuras do "agente infiltrado" (Lei nº 12.850/2013) e "agente encoberto" (pacote anticrime) podem se apresentar como "agente provocador". Ou seja, aqueles agentes podem atuar na preparação e no incentivo de crimes, atuando ilicitamente. A diferença é que a proposta de se inserir o "policial disfarçado" coincide, de acordo com o texto, com a figura da provocação do flagrante e com a produção de prova ilícita, máxime quando se fala na venda de drogas ao próprio agente (que não espera o delito, mas participa da cena, adquirindo a substância entorpecente).

13. MUDANÇAS NA LEI DE TRANSFERÊNCIA E INCLUSÃO DE PRESOS FEDERAIS

Art. 11. A Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 2º (...)
>
> Parágrafo único. O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza cível ou penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal." (NR)

13.1. Competência cível do juízo federal das execuções penais

Não enxergamos justificativa proporcional para conferir ao juiz da execução penal competência civil ou competência para ações penais condenatórias, como consta do teor do parágrafo único, do art. 2º, ora anotado. A mudança tem por objeto

a Lei nº 11.671/2008, que reza sobre a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e a transferência de presos de outros estabelecimentos para aqueles.

É de ver que, naturalmente, onde existir apenas uma vara judicial, esta cumulará as competências civis e criminais, inclusive da execução penal do presídio sob sua jurisdição.

No entanto, não há razão para que o juiz federal de execução penal, automaticamente e em desacordo com a competência delimitada pela lei específica, seja também "competente para toda ação de natureza cível ou penal que tenha por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução".

O dispositivo terá apenas o propósito de permitir a personificação e a onipresença do juiz da execução penal para todos os problemas que o apenado tiver, algo que compromete o princípio da imparcialidade e, notadamente, viola as bases do princípio do juiz natural.

"Art. 3º Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

§ 1º A inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características:

I - recolhimento em cela individual;

II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de duas pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações;

III - banho de sol de até duas horas diárias; e

IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive correspondência escrita.

§ 2º Os atendimentos de advogados serão previamente agendados, mediante requerimento, escrito ou oral, à direção do estabelecimento penal federal.

§ 3º Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas.

> § 4º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento.
>
> § 5º As gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada.
>
> § 6º Os diretores dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou o Diretor do Sistema Penitenciário Federal poderão suspender e restringir o direito de visitas previsto no inciso II do § 1º por meio de ato fundamentado.
>
> § 7º Configura o crime do art. 325 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a violação ao disposto no § 4º.
>
> § 8º O regime prisional previsto neste artigo poderá ser excepcionado por decisão do diretor do estabelecimento penal federal de segurança máxima no caso de criminoso colaborador, extraditado, extraditando ou se presentes outras circunstâncias excepcionais." (NR)

13.2. Generalização de regime disciplinar rigoroso

O art. 3º, da Lei nº 11.671/2008, estatui que "serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório". Indo além do que já preconiza a legislação, o anteprojeto sugere uma espécie similar ao "regime disciplinar diferenciado", agregando vários enunciados que, se aprovados, passariam a ser parágrafos daquele artigo.

A rigidez alvitrada é inconstitucional, salientando violação a direitos humanos e recrudescimento desnecessário. Primeira pergunta: "que é regime fechado de segurança máxima"? A pretendida alteração mexe, inclusive, com a temática tratada na lei específica: ela não estabelece regras sobre regime pela simples razão de que já temos, na lei de execução penal, um manancial de disposições que regulam a forma de cumprimento da pena.

A boa técnica legislativa, no ponto, passou bem distante. E, nessa perspectiva, o respeito à Constituição não se sabe o que é.

O inciso I, do § 1º, determina o recolhimento em cela individual: para qual propósito? Emudecer o preso? Proibir que ele converse durante longo tempo? Há algo semelhante a tortura psíquica com esse proceder?

O inciso II, do mesmo parágrafo, prevê, de uma só cajadada, a supressão absoluta do direito à intimidade da pessoa que estiver presa naquele estabelecimento, ao exigir que as visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos somente ocorram "em dias determinados". Além do mais, prevê uma curiosidade: a visita deverá ser "assegurada por meio virtual ou no parlatório". Visita por meio virtual? Tal "visita" será, doravante, a regra, enquanto a visita "real" a exceção? E prossegue aventando que a visita acontecerá "com o máximo de duas pessoas por vez, além de eventuais crianças". Mas não para por aí o cenário de guerra do Estado contra o apenado , de forma que todos estarão "separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações".

Verdade seja dita: os tribunais concederam a ousadia ao subscritor para que pudesse ter tamanha ideia de monitorar os pensamentos do detento durante todos os minutos de seu cumprimento de pena. Além dos familiares, os advogados têm se sujeitado a todo tipo de constrangimento em determinados estabelecimentos prisionais. A notícia não é nova, girando a controvérsia em torno da interceptação da conversação entre preso e advogado no interior do estabelecimento de Catanduvas/PR. A OAB impugnou a normatização editada pela autoridade judiciária federal competente, alegando que haveria, em caso como este, ultraje à prerrogativa do advogado de avistar-se pessoal e reservadamente com seus clientes. Foi, então, impetrado o *Habeas Corpus* nº 115.114, no Supremo Tribunal Federal, pendente de julgamento e com parecer desfavorável da Procuradoria-Geral da República[61]. Até a conclusão deste estudo, não temos anunciado o julgamento deste *writ*.

Em outro lugar registramos que, "quanto às conversas entre advogado e preso no interior do estabelecimento prisional", deve ser "reservado espaço para que seja assegurado o sigilo profissional", reconhecendo-se "um núcleo intangível que permita ao advogado – que não seja investigado ou acusado por crime em coautoria com o detento – entrevistar seu cliente sem que sejam devassadas as conversas por interceptação ambiental" [62].

Entrementes, a sede cavalar de punir não encontra saciedade jamais. E a omissão em coibir violação de prerrogativas do advogado encorajou o Ministro da Justiça a colocar o permissivo que, somente a título aparente – com o uso da já batida manipulação discursiva, sobre o que Luís Alberto Warat advertiu[63] –, chancela todos os abusos

61. MARTINS, Jomar. Gravação em presídio: OAB defende sigilo de conversa entre advogado e preso. *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/oab-atuar-hc-stf-gravacao-conversas-entre-advogado-preso>. Acesso em: 15 fev. 2019.
62. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.696.
63. De acordo com Luís Alberto Warat, pode-se convir que "toda expressão possui um número considerável de implicações não manifestas. A mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas.

até hoje perpetrados, ao dizer que “as gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada”. O sutil “favor” entabulado na expressão “só poderão ser autorizadas”, além de violar a Constituição, acontece “só” raramente?

O inciso III, do § 1º, prevê banho de sol por “até duas horas” e o inciso IV completa a cruzada “combativa”, averbando que haverá monitoração de todos os meios de comunicação, inclusive da correspondência escrita. Literalmente um “regime de exceção”.

Mas não para por aí. Os advogados são vilipendiados em seu mister, seja por necessitar agendar visitas – disfarçando a incomunicabilidade do preso aí embutida, medida que é vedada pela Constituição até nos casos de estado de defesa –, seja por se submeterem ao monitoramento de áudio e vídeo no parlatório, em funcionamento diuturno, como explicitado nos parágrafos 2º e 3º, malgrado a “benesse” de ser vedado seu uso nas celas.

Sobre a violência ao exercício da advocacia, há notícia de graves violações ao sigilo dessa profissão no ano de 2016, com o uso de “grampos no ramal central” de escritório de advogados. De acordo com o informado, decisão judicial disponibilizou “mais de 400 áudios”, havendo, inclusive, “um ‘organograma da defesa’, desenhando a estratégia dos advogados”. Agora, com o projeto antidelito, pretende-se “legalizar” – inconstitucionalmente – gravações das conversas entre advogados e imputados presos[64].

O § 4º, a seu turno, traz aparente concessão. Cuida-se de dispositivo desnecessário e que serve à imunização dos demais abusos contemplados no anteprojeto. É vedada a utilização de prova ilícita. Seria ilícito o uso de provas tomadas com base nas gravações de visitas, ambiente onde deve prevalecer a confiança de poder o apenado se comunicar livremente. O enunciado prevê uma demarcação temporal que parece mais querer justificar a possibilidade jurídica da monitoração, aduzindo que as gravações são vedadas para provar fatos pretéritos. Como se infere, a todo tempo o inventor do projeto se vale de estratégias que poderiam

---

O sentido gira em torno do dito e do calado”. Dessa maneira, “o êxito de uma comunicação depende de como o receptor possa interpretar o sentido latente. A forma gramatical e o significado de base, por vezes, em lugar de ajudarem na busca do sentido latente, servem para encobri-lo” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p.65).

64. RODAS, Sérgio. Pacote “anticrime” quer permitir gravação de conversa entre advogado e cliente preso. *Conjur*: sigilo violado, 07 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-permitir-gravacao-entre-advogado-cliente-preso>. Acesso em: 06 mar. 2019.

ser qualificadas de "capciosas" se cotejadas com perguntas maldosas formuladas em audiência.

O poder de restringir direitos é dado ao diretor do estabelecimento prisional, a teor do § 6º. Trata-se de limitação de liberdade que deve competir ao juiz.

O § 7º traz péssima técnica para tipificar condutas. Os livros de direito penal explicam a inconveniência da remissão para assimilar um fato típico a outro.

O § 8º traz mais uma previsão inusitada, que é finalizada por cláusula de abertura: "ou se presentes outras circunstâncias excepcionais", ratificando o caráter inquisidor, autoritário, representado pelo aumento de discricionariedade. Trata-se de previsões que ceifam garantias dos apenados, diante da imprevisibilidade contemplada nos enunciados do anteprojeto. O dispositivo intenta transferir ao diretor do estabelecimento o poder de excepcionar "o regime prisional previsto neste artigo", em "caso de criminoso colaborador, extraditado, extraditando", além da mencionada válvula de escape que admite outras causas.

> "Art. 10. (...)
>
> § 1º O período de permanência será de até três anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência e se persistirem os motivos que a determinaram.
>
> (...) (NR)

13.3. Duração

A renovação do tempo de permanência no aludido regime é prevista de maneira vaga, conferindo amplos poderes ao juiz que estiver conduzindo o processo de execução penal. Entendemos que os permissivos abertos, que tenham por fito a restrição de liberdade, são inconstitucionais. A liberdade é valor constitucional, cuja eficácia de garantia fundamental lhe outorga operatividade máxima. Em outros termos, a limitação da liberdade depende de autorizativo legal expresso e estrito[65]. Não deve ser aberto, como em tela, permitindo renovações por iguais períodos de até três anos.

---

65. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. p.626.

> "Art. 11-A. As decisões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções ao preso federal poderão ser tomadas por órgão colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos tribunais." (NR)

13.4. Decisões colegiadas

Dispositivo totalmente dispensável. Já há lei específica disciplinando a possibilidade de instauração de colegiado de primeiro grau, qual seja, a Lei nº12.694/2012, que regula a matéria de forma exauriente. Desnecessária, repetimos, a aludida pretensão de sobreposição normativa.

> "Art. 11-B. Os Estados e o Distrito Federal poderão construir estabelecimentos penais de segurança máxima, ou adaptar os já existentes, aos quais será aplicável, no que couber, o disposto nesta Lei." (NR)

13.5. Construção de novos estabelecimentos de segurança máxima

Trata-se de previsão inteiramente deslocada do objeto da Lei nº 11.671/2008. Decerto, o exame que ora fazemos é sobre enunciado que se pretende inserir naquele diploma legal. Todavia, ela não cuida de permissivos para empenhar recursos federais ou estaduais para construção de presídios. Ela tem a ver com "a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima", dando "outras providências" que, decerto, não visa autorizar gastos.

14. MUDANÇAS NA LEI DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Art. 12. A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 7º-A A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá:
>
> I - no caso de absolvição do acusado; ou
>
> II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos vinte anos do cumprimento da pena." (NR)

14.1. Exclusão dos perfis genéticos e trânsito em julgado

A proposta de modificação recai sobre o texto atual do art. 7º-A, que estabelece que "a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito". Malgrado a controvérsia sobre se seria necessário o trânsito em julgado da sentença para se permitir a identificação genética, nosso posicionamento sempre foi restritivo, seja para impor o trânsito em julgado, seja para vedar sua realização forçada, seja ainda para limitar o seu uso ao acompanhamento da execução penal (vedado o seu manejo para apuração de infração penal futura).

O enunciado sugerido concede um "favor" que seria decorrência óbvia para o caso da identificação genética ter sido permitida antes da condenação definitiva, isto é, que haverá "a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados" na hipótese de "absolvição".

14.2. Exclusão dos perfis genéticos e proporcionalidade da medida

O "presente" ao egresso do sistema prisional – que não poderia faltar – está descrito na segunda parte que prevê a exclusão daqueles perfis, "mediante requerimento, decorridos vinte anos após o cumprimento da pena no caso do condenado". O dies *ad quem*, como se depreende, é quase que perpétuo, podendo se estender sobremodo após a extinção da pena.

Em outras palavras, o anteprojeto deseja maximizar o estigma, ampliar a dor e dificultar a reinserção do ex-apenado ao convívio social. Ademais, ele prevê forma de controle da pessoa que se protrai para depois de vinte anos da condenação. Cuida-se de algo que extrapola todos os limites jurídico-constitucionais e – evidentemente – do razoável.

"Art. 7º-C Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 1º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.

§ 2º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal.

§ 3º Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal.

§ 4º Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ou com ele interoperar os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação civil.

§ 5º No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular.

§ 6º A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes em outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora.

§ 7º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

§ 8º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado.

§ 9º É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 10. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instauradas, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 11. A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal." (NR)

14.3. Banco Nacional Multibiométrico

Situação diversa diz respeito ao registro das características humanas inseridas no rótulo "multibiométrico". Não somente por conta dos problemas éticos que daí decorrem, mas, especialmente, pelas seguintes razões:

(1) o civilmente identificado não deve ser identificado criminalmente: os dispositivos do pacote anticrime permitem a automática identificação biométrica de presos provisórios e definitivos, sem apresentar razão proporcional para tanto. Deveras, o debate em torno da justificativa para a identificação criminal e, de modo similar agora, para a identificação multibiométrica envolve critério de necessidade. O Estado não pode pretender o controle que extravase os limites do razoável, nem pode interferir no núcleo da dignidade das pessoas;

(2) os registros biométricos de íris, face, voz e digitais viabilizam o controle de seres humanos, com efeito diferido, para o futuro. Isto é, o armazenamento de dados que afetam a individualidade de uma pessoa e finda por instaurar regime de liberdade vigiada, sutilmente disfarçada pelas regras que preveem sigilo e punição para quem o viola;

(3) o uso futuro de dados colhidos no passado fere o princípio da autodeterminação informativa: entendemos que, nas hipóteses restritas, esses dados somente poderiam auxiliar o controle no cumprimento da pena. A postergação dos seus efeitos no tempo viola regras probatórios, sendo incompatível a previsão que eterniza aquele controle, ao avivar que "a autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instauradas, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais".

Em alguma medida, os argumentos que a doutrina usa para limitar a identificação genética e armazenamento de dados de perfis genéticos, são aplicáveis à identificação criminal em tela: seja no que diz respeito à demonstração de necessidade, seja no que se refere a não ser usada para investigações futuras, seja ainda para que não assuma efeitos de pena perpétua.

Nesse sentido, André Nicolitt e Carlos Wehrs pontificam, no contexto da "identificação criminal por meio de material genético", que tal providência somente "pode

ser utilizada para os fins exclusivos de identificação criminal. Nesse passo, não é possível que a autoridade policial, sabendo quem é o indivíduo que busca identificar, solicite a extração de seu material biológico para comparação com vestígios da cena do crime", haja vista que o fito da legislação não deve ser "o recolhimento de prova de autoria do investigado, mas, sim, de prova de sua identidade"[66].

Por essas razões – que demonstram o desejo inconstitucional de controlar as pessoas e facilitar punições de forma açodada –, reputamos inconstitucional, desumana e desnecessária a previsão que, só encontraria acolhida em ambiente policialesco.

15. MUDANÇAS NA LEI DE CONTROLE DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Art. 13. A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º (...)

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que:

I - tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos;

II - sejam de caráter transnacional; ou

III - se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, tais como:

a) o Primeiro Comando da Capital;

b) o Comando Vermelho;

c) a Família do Norte;

d) o Terceiro Comando Puro;

e) o Amigo dos Amigos; e

66. NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal*: Lei nº 12.694/2012. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.155.

> f) as milícias ou outras associações como localmente denominadas.
>
> (...)" (NR)

15.1. Casuísmo no conceito de organização criminosa

É de péssima qualidade técnica exemplificar organizações criminosas como "Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas". Cuida-se de casuísmo odioso.

Além de prejulgar imputados que se declarem filiados a esses rótulos, vale-se de interpretação analógica desnecessária. Trata-se de indicativo de que a lei foi feita com o objetivo de identificar destinatário certo, de todo vedado, seja pela vedação à seletividade, seja pela necessidade do dispositivo ser dotado de abstração (depende de confronto com caso concreto) e generalidade (para todos, de forma igual).

> "Art. 2º (...)
>
> § 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.
>
> § 9º O condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo." (NR)

15.2. Progressão especial de regime

Entendemos que o ordenamento jurídico já é dotado de regras que aderem às situações descritas. Na forma como redigida, transparece que o autor do anteprojeto estava imbuído de finalidades não somente punitivistas, mas políticas e populistas. As regras de progressão de regime alcançam situações especiais. Da forma como proposta, entendemos que haverá desproporcionalidade no cumprimento da pena.

> "Art. 3º Em qualquer fase da investigação ou da persecução penal de infrações penais praticadas por organizações criminosas, de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou de infrações penais conexas, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
>
> (...)" (NR)

15.3. Aplicação da legislação da criminalidade organizada a outros delitos

O remendo ao art. 3º supradito tem o objetivo de legitimar a aplicação da legislação reguladora da criminalidade organizada a outros delitos. Desde que adveio a Lei nº 12.850/2013, reiteramos o óbvio: para que tenha lugar sua incidência – que deveria ser sempre excepcional – é necessária base empírica suficiente de que a conduta delituosa seja imputada à organização criminosa, cujos elementos constitutivos devem ser demonstrados.

O anteprojeto prevê mudança que desnatura por completo o objeto da lei. Poderia até mesmo resumir numa frase que afirmasse: "vale tudo". Coteje-se o enunciado aqui analisado com o art. 3º, *caput*, da Lei 12.850/2013, que dispõe que "em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova", sem referir à organização criminosa pela simples razão da lei somente se aplicar a grupo de pessoas que atuem em conformidade com o seu conceito.

Mais uma tentativa de generalização punitiva, notadamente nos crimes com pena máxima superior a quatro anos, igualmente com falta de observância à técnica legislativa.

> "Art. 3º-A O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais.
>
> § 1º No âmbito das suas atribuições e competências, outros órgãos federais e entes públicos estaduais poderão compor as equipes conjuntas de investigação a que se refere o *caput*.
>
> § 2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação constituídas dispensará formalização ou autenticação especiais, exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia.

§ 3º Para a constituição de equipes conjuntas de investigação, não será exigida a previsão em tratados.

§ 4º A constituição e o funcionamento das equipes conjuntas de investigação serão regulamentadas em ato do Poder Executivo federal." (NR)

15.4. Forças-tarefa conjuntas

O enunciado do pacote anticrime pretende exarcebar o poder das forças-tarefa (*task force*). Impressiona o desejo de permitir, de todos os modos imagináveis, as investigações. O § 3º sob exame quer dispensar previsão em tratados. Note-se que precisamos de regras, de uma dogmática firme[67], para fixar limites precisos, porque estamos lidando com o direito de liberdade. Se inserido no ordenamento jurídico dessa forma, a noção de soberania terá sua eficácia mitigada.

Trata-se de simplificação perniciosa e que demonstra o afã de instaurar estado de polícia, com menoscabo dos direitos fundamentais. Vale realçar: também nas investigações é necessária a existência de regras bem minudenciadas, a fim de evitar a prática de abusos de poder estatal. Para isso, é necessário diálogo com os setores especializados naqueles assuntos. O que não é valioso, no dizer de Afrânio Silva Jardim, é punir a qualquer preço, pelo menos se queremos em vigor um Estado Democrático de Direito[68].

15.5. Demonstração da cadeia de custódia de provas

O § 2º merece especial atenção em razão do uso do conceito de "cadeia de custódia", que se refere ao encadeamento consistente, lógico e causal dos elementos probatórios, de forma a preservar a sua fiabilidade. O conceito é estudado por Geraldo Prado em livro clássico. Certamente os propósitos do autor do anteprojeto se desviam por completo dos objetivos garantidores e democráticos alinhados por aquele jurista. Deveras, o enunciado indica manipulação discursiva, mediante a

67. João Maurício Adeodato, ao aludir aos "constrangimentos dogmáticos", evidencia a indispensabilidade de um procedimento que estabeleça a forma de produção de normas: "é preciso antes de tudo fixar as regras de base, aquelas que definem quem vai e como vai fixar outras regras para decidir casos individuais. Não pode haver dogmática sem um sistema de regras (supostamente) explícitas" (ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p.116-117).

68. JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.10, jul.-dez. 2014.

proclamação tão-somente retórica, na sua parte final: “sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia”.

Como assim?

Vamos à íntegra do malfadado enunciado desse § 2º, do art. 3º-A, que se pretende inserir na Lei nº 12.850/2013: “o compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação devidamente constituídas dispensam formalização ou autenticação especiais, sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia”. Note-se: a primeira parte do dispositivo afirma algo incompatível com o conceito de “cadeia de custódia”. Isso porque quando afirma que o compartilhamento ou a transferência do que chama de “provas”, na atuação de forças tarefas de investigação, “dispensam (*sic*) formalização ou autenticação especiais”, finda por admitir qualquer forma de reunião de elementos de informação.

O que escrito no anteprojeto evidencia o desconhecimento do assunto, ou má-fé inerente às manipulações dos discursos linguísticos.

Vejamos como anotamos no nosso Curso, a partir de leitura da obra de Geraldo Prado: “a descrição de um fato delituoso por meio de provas implica encadeamento. Para que a narrativa se dê de forma lógica, inteligível, compreensível, ela deve conter os seus elementos essenciais, tais como sujeitos envolvidos, fato central, circunstância, tempo e lugar”. E prosseguimos, diante da importância do tema, explicando que “a descrição do desfecho pressupõe a do seu *iter*, do seu caminho. Assim também deve ser a prova que é produzida para construir a versão do fato delituoso, sua base empírica”. Em outros termos, devemos destacar que “as provas documentadas pressupõem fontes que, muitas das vezes, são também provas. Assim, um primeiro testemunho pode ser fonte de conhecimento da existência de um outro testemunho que, antes daquele, não se conhecia. Pode também ser fonte do conhecimento do local onde se encontram produtos ilícitos, cuja documentação de apreensão constituirá outra prova e assim por diante. Cuida-se de um encadeamento, de uma relação de causação”[69]. A única coisa que a cadeia de custódia não poderia ser é “apenas” (como consignado no impressionante § 2º ora analisado).

Indispensável citar expressamente a obra que detalha cuidadosamente os aspectos teóricos e práticos da quebra da cadeia de custódia das provas obtidas

69. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.650-651.

por métodos ocultos, notadamente por meio de novas tecnologias, utilizadas sigilosamente. Geraldo Prado, nesse diapasão, enfatiza a necessidade de que seja possível controle, mediante fundamentação da decisão que deferir prova a ser realizada em ambiente de reserva, a fim de que não haja quebra do encadeamento probatório, preservando a sua fiabilidade. Nas suas palavras, "o rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída". Decerto, ausente o controle, "a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado"[70].

Indispensável trazer à ribalta a lição de Gustavo Badaró que, em texto ainda inédito, adverte-nos acerca do perigo da questão, com o título "Cadeia de custódia e mensagens via *BlackBerry*: dois temas atuais e complicados", ao comentar decisão monocrática recente, da lavra do Ministro Gilmar Mendes[71]. No caso, foi suscitado "o problema da cadeia de custódia, agora juntamente com mensagens via *BlackBerry*".

---

70. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos*: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.77-79.
71. Da decisão monocrática proferida, colhe-se argumentos relevantes: "neste caso concreto, a defesa requer "acesso as interceptações telefônicas constantes na Medida Cautelar nº. 718-39.2013.4.01.3601 tal como obtidas em sua originalidade" (eDoc 1, p. 35). Não se trata, portanto, de questionar a legalidade ou legitimidade da interceptação realizada, o que já foi debatido em outras instâncias e ações, mas de pugnar pelo acesso aos dados interceptados em seu formato original. Conforme narrado a autoridade policial, ao receber os arquivos enviados pela '*Blackberry*', teria alterado os cabeçalhos das transcrições das mensagens, adicionando o nome dos supostos interlocutores em lugar dos números de IDs indicados originalmente pela empresa. Diante de tal constatação, o juízo de origem oficiou a Polícia Federal para responder questionamentos sobre a interceptação realizada: '1- Se há possibilidade de acesso aos diálogos da maneira como eram disponibilizados pela *Blackberry*; 2- Como se dava o procedimento de extração dos diálogos; 3- Como e em que momento se deu o procedimento de inserção dos nomes dos investigados no cabeçalho dos índices dos diálogos interceptados; 4- Se os diálogos apresentados pela BBM seguiam, necessariamente, uma ordem numérica crescente; 5- Se a quebra da sequência numérica representaria, necessariamente, que o diálogo estava sendo cortado e não disponibilizado em sua íntegra." (eDoc 191, p. 3) Ao responder o quesito 1, afirmou-se que: 'a *BlackBerry* encaminha os pacotes originalmente no formato .zip, na forma como são disponibilizados à Justiça; caso necessite novamente, pode ser encaminhado novo CD contendo todos os pacotes da operação" (eDoc 190). Portanto, inexistiria prejuízo às investigações ao se deferir eventual acesso aos dados como originalmente fornecidos às autoridades investigativas. Desse modo, por um lado, estabeleceu-se uma situação de dúvida, embasada em elementos concretos, sobre a confiabilidade dos dados apresentados pela autoridade investigatória em relação às comunicações interceptadas. Assim, a incerteza sobre a fidedignidade das investigações impõe a adotação de medidas para proteção da cadeia de custódia das informações. Na doutrina, afirma-se que "um dos aspectos mais delicados da aquisição de fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma'. (PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 77) A continuidade deste procedimento demonstra a existência do periculum in mora, a ensejar a liminar requerida, visto que posterior deferimento do mérito pode ocasionar a nulidade de eventual sentença proferida" (STF – Decisão Monocrática – RCL 32722 MC/MT – Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 18 fev. 2019).

Consoante aduziu, “a Polícia Federal brasileira tem ignorado as regras legais de cooperação jurídica internacional entre Brasil e Canadá”, preferindo utilizar de canal direto, solicitando “a comunicação telemática via ‘*pso rim*’ (pso.br@rim.com), com a posterior retransmissão para ‘pso.br@blackberry.com’, da empresa *RIM*. Com isso, os dados são enviados diretamente, da empresa canadense, para a Polícia brasileira”. Entrementes – pontua Badaró – tal procedimento “não é correto” [72].

Essa aludida forma – indevida – de obtenção de dados tem o objetivo de contornar a tecnologia *BlackBerry* que, a sua vez, promete segurança na comunicação por meio de mensagens. De acordo com informações constantes de página da Internet, “o *Smartphone* Blindado *BlackBerry* utiliza o *BBM Enterprise* (*BBM Protected Plus*) que garante total confiabilidade de suas mensagens dentro do contêiner seguro”. Decerto – aviva –, as mensagens “estarão tão seguras que não serão armazenados nem nos servidores da *BlackBerry*. Trata-se de uma tecnologia de criptografia ponta a ponta, no momento que o histórico for deletado dos dispositivos é como se as mensagens nunca tivessem sido enviadas”. De tal modo, o usuário não estaria sujeito a “ter suas comunicações interceptadas ou ter o serviço interrompido por decisões judiciais locais”[73].

Vale dizer, “sendo necessário algum ato de cooperação com o Canadá, o regime jurídico deve ser o do Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá”, firmado “em Brasília, em 27 de janeiro de 1995, que foi incorporado à nossa ordem jurídica pelo Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 1995, que pode ter por objeto ‘diligências preparatórias’ necessárias ao processo (Decreto nº 6.747/2009, art. 1.4)”. O jurista salientou ainda que “o acordo entre o Brasil e o Canadá tem uma diferença quando comparado com a maioria dos tratados bilaterais de cooperação jurídica internacional dos quais o Brasil é parte: a autoridade central brasileira é a Procuradoria-Geral da República (Decreto nº 6.747/2009, art. 11), e não o Ministério da Justiça, como geralmente se prevê”. Volvendo para a questão central da cadeia de custódia de provas, Gustavo Badaró sublinhou também que “sem a utilização do auxílio direito, e com a simples comunicação entre a polícia e a *RiM*, fica impossível saber se aquilo que é apresentado no Brasil, como sendo o conjunto das comunicações telepáticas via *BBM*, num determinado período, corresponde à totalidade das mensagens transmitidas”. Em acréscimo, “em muitos casos, não há segurança sobre a própria autenticidade das mesmas. Por tudo isso, o caminho

---

72. BADARÓ, Gustavo. *Cadeia de custódia e mensagens via BlackBerry: dois temas atuais e complicados*. Disponível em: <https://www.facebook.com/gustavo.badaro.1/posts/1983052101807843?__tn__=-UC-R>. Acesso em: 26 fev. 2019.
73. BLACKBERRY BRASIL. *Mensagens de texto invioláveis*. Disponível em: <https://www.blackberrybrasil.com.br/smartphone-blindado-blackberry/>. Acesso em: 26 fev. 2019.

utilizado, de troca de e-mail direto entre a polícia e a *RiM*, pode ser mais rápido e mais fácil que o auxílio direito, mas muitas vezes, é um atalho daquele perigosos". Daí que, em arremate, pode-se concluir que, "sendo necessário ato de cooperação entre autoridades do Brasil e Canadá, o canal correto é o auxílio direito, permitindo formalmente o ato de cooperação das autoridades policiais brasileira, com as autoridades canadenses, onde fica sediada a empresa Tenho insistido na necessidade de formal cooperação internacional – MLAT (busca de informações diretamente no Canadá), para obtenção de dados de mensagens envias via *BBM* – *BlackBerry Messager*". Em outros termos, "investigação de dados e comunicação telemática, realizada via *BBM*, isto é, *BlackBerry Messenger*, com obtenção de direta de dados pela Polícia Federal, para a obtenção do conteúdo de comunicações, sem a observância do rito probatório adequado da cooperação jurídica internacional, caracteriza prova obtida ilegitimamente"[74].

"**Seção VI**

Da escuta ambiental

Art. 21-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, no período noturno ou por meio de operação policial disfarçada.

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

74. BADARÓ, Gustavo. *Cadeia de custódia e mensagens via BlackBerry: dois temas atuais e complicados*. Disponível em: <https://www.facebook.com/gustavo.badaro.1/posts/1983052101807843?__tn__=-UC-R>. Acesso em: 26 fev. 2019.

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada como prova de infração criminal quando demonstrada a integridade da gravação.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

§ 6º A captação ambiental de sinais ópticos em locais abertos ao público não depende de prévia autorização judicial." (NR)

15.6. Escuta ambiental e demarcação de conceitos

Vale lembrar que o dispositivo em tela pretende inserir regras sobre a captação ambiental na Lei de Controle da Criminalidade Organizada. Utiliza o nome genérico "escuta", descurando do amadurecimento doutrinário que busca distinguir "interceptação" (quando um terceiro, desconhecido pelos protagonistas da comunicação ambiental, capta as comunicações), "escuta" (quando um terceiro, conhecido por pelo menos um dos participantes, ouve ou registra a conversação) e "gravação" (quando é um dos participantes da comunicação que efetua a documentação das conversas ambientais).

15.7. Redundância na ampliação do alcance da Lei de Controle do Crime Organizado

O anteprojeto, de outro lado, deseja que essa lei não seja mais de aplicação exclusiva a delitos imputados a organização criminosa, para alcançar qualquer infração penal com pena abstrata máxima superior a quatro anos (art. 21-A, II, redundante em relação ao art. 3º, *caput*). Cabe enfatizar que, se aprovado for, teremos uma lei de controle do crime organizado que não conterá disposições exclusivamente relacionadas à criminalidade organizada.

Um contrassenso lógico – semântico e estrutural –, como se depreende.

Aliás, a numeração sugerida põe o artigo dentro de seção que se segue à dos crimes tipificados nesse diploma legal e, logo depois, torna a capitular nova figura típica, como se verá abaixo. A técnica legislativa, ainda uma vez, apresenta-se deficiente.

Sob outro giro, os enunciados aqui analisados consubstanciam a possibilidade de intensa restrição ao direito à intimidade (art. 5º, incisos X e XII, CF). Só por esse

motivo, seria plausível esperar que o autorizativo tivesse esfera menor de aplicação, sem incidência generalizada, uma exceção devidamente demarcada.

15.8. Proteção constitucional em face da tecnologia

Interessa confrontar as disposições do anteprojeto com dispositivos da nossa Lei Maior. De acordo com o inciso XII, do art. 5º, da Constituição, "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Devemos entender que a regra é a liberdade e que sua limitação carece de veículo introdutor de normas jurídicas específicas.

Fato é que a Constituição não previu avanços tecnológicos que pudessem retratar a realidade atualmente vivida. O cuidado que se deve ter com a garantia da intimidade, nessa toada, vai além dos critérios que conformam o princípio da proporcionalidade. Trata-se de assunto para amplo e participativo debate.

Veja-se que existem meios tecnológicos – que ainda não estão nas mãos da maioria das pessoas – capazes de invadir enormemente a intimidade, diante de maior potencial de captação de sons (sinais acústicos). Mas não apenas, o caput, do art. 21-A, do anteprojeto, admite não somente a apreensão de tais sinais acústicos, mas também a captação ambiental de sinais eletromagnéticos e ópticos.

Trata-se de assunto extremamente técnico que necessitaria de discussões com especialistas para que pudéssemos ter a exata dimensão do permissivo pretendido. Permitir captações à distância, com a onipresença do Estado-investigador, ainda que com ordem judicial, é medida que suprime a garantia da intimidade de forma absoluta, sendo inconstitucional, portanto.

Se, de um lado, o Estado deve ser dotado de estrutura para controlar uma criminalidade distinta da tradicional, de outro, ele deve se valer de meios que não signifiquem ofensa à dignidade da pessoa humana. A investigação estatal não pode ser avassaladora para permitir controle integral – inclusive do pensamento – das pessoas. Nem em estado de sítio ou de defesa (arts. 137 e 139, da CF/1988), o controle previsto pode chegar a esse ponto, malgrado a previsão de "restrições" (não suspensão!), no estado de defesa, das garantias ao sigilo de correspondência, telefônico e telegráfico, assim como, no estado de sítio, das garantias à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei".

15.9. Inserção do assunto na trilogia dimensional da prova

Consoante analisamos no nosso Curso de Direito Processual Penal[75], "com os avanços tecnológicos, percebeu-se que situações de invasão à privacidade podem acontecer sem que haja qualquer intrusão física em residência ou em comunicações telefônicas convencionais". Considerando essa nuança, fala-se em "divisão das gerações de direito probatório, encontra seu nascedouro nos precedentes Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001), nos quais a Suprema Corte Norte-Americana decidiu em quais casos incidiria a proteção conferida pela 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, tornando-se assim necessária a expedição prévia de ordem judicial de busca e apreensão para a obtenção lícita das provas"[76]. Com Danilo Knijnik, então, explicamos: (1) no primeiro precedente (Olmstead), protegeu-se a inviolabilidade das comunicações telefônicas e a privacidade residencial (primeira dimensão probatória: teoria proprietária ou *trespass theory*). Foi conferida proteção às coisas, aos lugares e aos pertences; (2) no precedente seguinte (Katz), avançou-se para proteger as expectativas de privacidade, por exemplo, a confiança na privacidade de comunicações telefônicas, ainda que captados os sons em ambiente público, como em uma cabine telefônica (segunda dimensão probatória: teoria da proteção constitucional integral); e (3) no último (Kyllo), conferiu-se maior amplitude para proteger a privacidade contra tecnologias capazes de revelar, por exemplo, atividades ilícitas em interior de casa sem sequer carecendo de nela penetrar, por meio de aferidores externos de temperatura (terceira dimensão probatória: teoria das provas tecnológicas invasivas, na qual estaria inserida a proteção dos dados de conversa via *WhatsApp*, *Telegram* e similares). O enfoque dessa tutela é o tecnológico"[77].

15.10. Regras em torno da excepcionalidade da medida

A depender da situação concreta, podemos estar diante de um direito probatório de terceira dimensão. Aqui surgem algumas angústias, em razão da sistemática formulação de pedidos de interceptação telefônica, acompanhados de divulgação do seu conteúdo pela grande mídia.

---

75. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.794.
76. BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal. *Genjurídico*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>. Acesso em: 18 fev. 2019.
77. KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI. In: *Temas de direito penal, criminologia e processo penal.* Ângelo Roberto Ilha da Silva (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.178-187.

(1) O inciso I, do art. 21-A em foco, afirma que somente será deferida a captação ambiental se “a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes”. O dispositivo é similar ao art. 2º, inciso II, da Lei º 9.296/1996, mas coloca, ao cabo, o argumento manipulador e igualmente eficaz, enquanto o último enunciado, da Lei de Interceptação Telefônica, aduz que “não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses”, dentre elas, se “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis”. O anteprojeto quer abocanhar mais um pouco do direito fundamental a “intimidade”.

(2) Na tradição autoritária vivida no sistema de justiça criminal brasileiro, percebemos a generalização do acatamento de pedidos de interceptações telefônicas[78]. Deveria ser exceção, como o enunciado da Lei nº 9.296/1996 (não se defere quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis). Entretanto, essa oração propicia a aplicação de suposições, ou seja, o requerente argumenta que não há outra forma de obter o elemento probatório, afirmando ter exaurido as possibilidades. A tentação pela facilidade de investigar, finda por admitir o “atalho”, com o decote indevido sobre o direito à intimidade e ao sigilo. Da maneira como previsto no projeto, existirão dois fundamentos para o uso da teoria da suposição: (a) o de que não haveria outro meio disponível; e (2) o de que não haveria outro meio igualmente eficaz para a obtenção do elemento de informação esperado.

O § 2º, do art. 21-A, ofende a inviolabilidade domiciliar, estampado no inciso XI, do art. 5º, da Constituição Federal: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. É verdade que o STF reconheceu a possibilidade do ingresso de agentes policiais à noite, em escritório de advocacia, para instalar equipamentos de interceptação ambiental, nos autos do Inquérito 2424[79]. O debate girou em torno de saber se o escritório de advocacia seria domicílio, resultando em decisão tomada por maioria. Entendemos ter sido equivocada a decisão, tanto sob a luz do conceito de

78. O escândalo dos grampos telefônicos, objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito, é o fato que nos autoriza a chegar a essa conclusão: “ao divulgar os primeiros dados do levantamento, em março de 2008, a CPI conseguiu pela primeira vez levantar a discussão sobre a utilização dos grampos. De concreto, a grande quantidade de interceptações levou o Conselho Nacional de Justiça a produzir resolução para instruir os juizes sobre a forma de autorização e utilização desse instrumento. Um número, ainda tímido, revela que a polêmica deu resultado. Entre 2007 e 2008, houve uma redução 5% no número de interceptações” (COUTINHO, Filipe. Relatório final: depois da CPI, grampo nunca mais foi o mesmo. *Conjur*, 25 abr. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-25/cpi-nao-prendeu-ninguem-expos-submundo-grampo-pais>. Acesso em: 18 fev. 2019).

79. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece como prova escutas feitas em escritório de advogado*, 20 nov. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=99428>. Acesso em: 18 fev. 2019.

inviolabilidade domiciliar, como sob a ótica de que o escritório de advocacia é resguardado em função de sigilo especial.

Aproveitando o gancho oferecido pelo STF, o anteprojeto traz o § 2º, do dispositivo ora estudado, acrescentando, ainda a noção de "operação policial disfarçada", cujo sentido projeta imagem autoritária antiga, própria de regimes opressivos: não só pelo "disfarce", mas também por ser "no período noturno", ao arrepio da letra da Constituição.

No § 3º, o inventor do pacote se supera ao tentar positivar a renovação quinzenal *ad infinitum*, *a similii* do que acontece, indevidamente, com as interceptações telefônicas. A permissão para renovações sucessivas, pelo mesmo prazo, finda por tolerar investigações que extrapolam o prazo legal. A contraditoriedade do texto é visualizada quando se vê:

(1) de um lado, o deferimento de renovações de uma medida cautelar de ordem excepcional, em razão de não haver elementos suficientes e ser indispensável o "meio de prova"; e

(2) de outro, a afirmação da necessidade de estar "presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada". Cumpre indagar: se está constatada tal atividade, por que é preciso esse meio de prova que deveria ser permitido em último caso?

Nos parágrafos 4º e 5º, do presente dispositivo analisado, é feita uma miscelânea de regras, com péssima técnica legislativa. O § 4º menciona a "captação ambiental" feita por um dos interlocutores, sem especificar a posição deste sujeito na relação comunicativa. Se se cuidar de "gravação" feita por pessoa que seja vítima de crime, a validade exigiria concomitância com a prática do delito.

Fora dessa hipótese, a investigação de fatos passados deve obedecer aos limites postos à persecução conduzida pelos órgãos do Estado.

Por outro lado, indispensável sempre ordem judicial proporcional quando o caso for de terceira pessoa, não envolvida no delito, eis que teremos aqueles conceitos expostos acima, quais sejam: "interceptação" e "escuta".

Por fim, apesar da similitude do vernáculo, o objeto "ambiente" é sobremodo distinto do "telefônico". Não há sentido lógico em determinar a aplicação da Lei nº 9.296/1996 (que cuida do sigilo das comunicações telefônicas) aos casos de comunicação ambiental. Rogamos que a matéria seja colocada sob análise séria, de juristas e técnicos qualificados para fazerem as devidas distinções. Caso contrário, teremos um resultado desastroso no campo da interpretação dos direitos fundamentais.

"Art. 21-B. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º Incorre na mesma pena o funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial." (NR)

15.11. Crime de captação ambiental de sinais

O dispositivo segue a tendência simbólica e de expansão punitiva, com a crença de que o direito penal, sancionador, é capaz de resolver todos os problemas. Pretende tipificar a interceptação sem ordem judicial. Quanto aos limites da legislação e das decisões judiciais, queda silente.

16. MUDANÇAS NA LEI DO RECEBIMENTO DE DENÚNCIAS ANÔNIMAS

Art. 14. A Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 4º-A A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas." (NR)

16.1. Atribuições dos entes federativos e a proteção do reportante

O dispositivo do art. 4º-A que se quer inserir, propugna por investimentos por parte dos entes federativos. A nosso ver, legislação da União não deve criar deveres para os demais entes, especialmente os estados-membros e os municípios. Tal proceder desequilibra o princípio federativo, negando a autonomia desses entes e colocando a União em patamar superior aos demais.

O parágrafo único prevê proteção integral ao reportante. A isenção de responsabilidade por fato civil culposo é indevida. Primeiro, porque o objeto da legislação que se pretende modificar não é civil. Segundo, porque afeta a estrutura lógica e normativa da responsabilidade subjetiva civil. Terceiro porque coloca o reportante e o Estado acima dos direitos do imputado, destruindo garantias individuais importantes, uma das marcas do fascismo (superioridade dos interesses estatais aos direitos do ser humano enquanto indivíduo).

De acordo com o magistério de Eugenio Raul Zaffaroni, o padrão de homem fascista propõe, "também intuitiva e confusamente", "um modelo de Estado diferente, no qual uma autoridade vertical não discuta e sim faça que cada um permaneça em seu lugar e não incomode, mediante um exercício ilimitado do poder repressivo. Isso não é mais nem menos que o modelo do Estado policial"[80].

> "Art. 4º-B O informante terá o direito de preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.
>
> § 1º Se a revelação da identidade do informante for imprescindível no curso de processo cível, de improbidade ou penal, a autoridade processante poderá determinar ao autor que opte entre a revelação da identidade ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.
>
> § 2º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade.

80. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p.118.

> § 3º A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante, com prazo de trinta dias, e com sua concordância." (NR)

16.2. Preservação da identidade do reportante e valor probatório

Conforme já salientamos, o valor probatório do indigitado informante é diminuto. As vantagens ofertadas em troca de informação são reprováveis, tornando o instituto parecido com forma de profissionalizar a atividade. Defendemos que se cuida de prova ilícita, incompatível com as garantias constitucionais que constituem o núcleo duro do processo penal.

Observe-se que a escrita do artigo do projeto tenta convencer o receptor da mensagem acerca de alguma valia das informações anônimas. Pensamos, inclusive, que há diferença relevante entre a conhecida "notícia anônima" ou aquele proveniente do reportante, com toda estrutura criada para forjar um delinquente. A primeira, conquanto não seja prova, constitui ponta pé válido para que a autoridade policial se acautele e verifique a procedência das informações. A segunda, diferentemente, resvala em inconstitucionalidade manifesta, sendo, portanto, prova ilícita.

> "Art. 4º-C Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.
>
> § 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.
>
> § 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.
>
> § 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até cinco por cento do valor recuperado." (NR)

16.3. Simbolismo e extrapolação dos limites formais em face de temas distintos

A proteção de vítimas e testemunhas é regulada suficientemente na Lei nº 9.807/1999, que o próprio *caput* do enunciado refere. Mais um dispositivo desnecessário, com forte teor simbólico, prevendo sanções de naturezas administrativa (disciplinar), civil e criminal.

No ponto, falta ao projeto coerência com a área que visa regular, pelo que recairá duvidosa constitucionalidade diante dos limites delineados pela Lei Complementar nº 95/1998.

É mais uma providência sancionatória populista que indica, até mesmo, a "recompensa em favor do informante", de forma eticamente deplorável.

17. CLÁUSULA DE REVOGAÇÃO EXPRESSA DE OUTROS DISPOSITIVOS LEGAIS

Art. 15. Ficam revogados:

I - o parágrafo único do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal;

II - os seguintes dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 1941 - Código de Processo Penal:

a) o parágrafo único do art. 133;

b) o parágrafo único do art. 310; e

c) o parágrafo único do art. 609; e

III - o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 10.826, de 2003.

17.1. Revogação expressa e revogação tácita

A revogação expressa ocorre no plano do ordenamento jurídico, com a demarcação do termo final da vigência do dispositivo. Veja-se que algum enunciado, benéfico ao imputado, poderá ter incidência mesmo depois de revogado, se presente norma penal material, toda vez que o fato parâmetro de aplicação normativa tiver ocorrido dentro da órbita de sua vigência.

Por outro lado, a revogação tácita acontece no plano do sistema, isto é, no patamar da interpretação. Além dos dispositivos indicados como passíveis de revogação expressa, a eventual aprovação do projeto de lei poderá ensejar divergências de

interpretação. Isso significa dizer que revogação tácita não é, em sentido próprio, revogação, mas interpretação.

17.2. Dispositivos com previsão de revogação expressa

Os dispositivos que o anteprojeto pretende revogar expressamente são:

(1) o parágrafo único, do art. 23, do Código Penal: "o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo";

(2) o parágrafo único, do art. 133, do Código de Processo Penal: "do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé";

(3) o parágrafo único, do art. 310, do Código de Processo Penal: "se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação";

(4) o parágrafo único, do art. 609, do Código de Processo Penal: "quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

(5) o parágrafo único, do art. 17, da Lei nº 10.826/2003: "equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência".

Comentamos acima as questões que podem decorrer da eventual substituição desses enunciados, divididos em mais de um parágrafo. Entendemos que problemas de ordem constitucional e sistemática recomendam que o projeto não seja aprovado pelo Congresso Nacional.

18. CLÁUSULA DE VIGÊNCIA

Art. 16. Esta Lei entra em vigor trinta dias após a data da sua publicação.

Brasília,

18.1. Finalidade da cláusula de vigência

Com a *vacatio legis*, objetiva-se tornar conhecida a lei nova por parte de todos, com assimilação de seu conteúdo. A ideia é a de propiciar transição de um sistema a outro sem intercorrências mais graves, permanecendo em vigor a lei antiga nesse lapso.

Se não houver menção específica no texto legal acerca do período de vacância, o seu prazo será de quarenta e cinco dias.

18.2. *Vacatio legis* reduzida

Em razão da multiplicidade de assuntos e do potencial impacto no sistema brasileiro por parte do projeto "antidelito", entendemos que a vacância de trinta dias é insuficiente para o propósito anunciado no tópico anterior.

PROJETO DE LEI – II
(Crime de caixa dois)

Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições.

1. MUDANÇAS NO CÓDIGO ELEITORAL

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 350-A. Arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso, valor, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral.
>
> Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constituir crime mais grave.
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias estabelecidas no *caput*.
>
> § 2º Incorrem nas mesmas penas os candidatos e os integrantes dos órgãos dos partidos políticos e das coligações quando concorrerem, de qualquer modo, para a prática criminosa.
>
> § 3º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), no caso de algum agente público concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa." (NR)

1.1. Figura típica de caixa dois

Como se depreende, a proposta é de nova figura típica penal, na via da expansão punitivista.

Não há, no Código Eleitoral – pelo menos até a conclusão destes escritos –, a conduta de caixa dois descrita como crime. Ser crime ou não envolveria debate filosófico, permeado pelas noções que sustentam que o direito criminal somente deve

incidir em última hipótese. Essa forma de pensar é oposta à do subscritor do anteprojeto, filiado que é à postura policialesca.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor a partir da data da sua publicação.

Brasília,

1.2. Cláusula de vigência

A previsão é para vigorar imediatamente, sem lapso de *vacatio legis*. Embora destacado do projeto principal, os argumentos tecidos no tópico antecedente têm também lugar aqui, porquanto faz parte do conjunto sob o epíteto “anticrime”.

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR – III
(Competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral)

Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral.

1. MUDANÇAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 79. (...)
>
> III - no concurso entre a jurisdição comum e a eleitoral.
>
> (...)" (NR)

1.1. Objetivo de evitar a atração da competência da justiça eleitoral

A sugestão do pacote é de inclusão do inciso III, a fim de evitar que o crime conexo ao eleitoral seja por esta julgada por ser foro atrativo, estabelecendo exceção à regra de unidade de julgamento preconizada pelo art. 79, do Código de Processo Penal.

1.2. Outras finalidades

As finalidades não declaradas são:

(1) justificar a competência universal do juízo da "operação lava-jato" que, decerto, não detinha competência para julgar todos os fatos que lhes foram colocados à disposição;

(2) tentar imunizar ilegalidades e inconstitucionalidades por vício de competência, com a nulificação dos processos que tenham veiculado crimes comuns, mas conexos aos delitos previstos no Código Eleitoral e cometidos em razão de prélio eleitoral.

2. MUDANÇAS NO CÓDIGO ELEITORAL

Art. 2º A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, passa a vigorar com as seguintes alterações:

> "Art. 35. (...)
>
> II - processar e julgar os crimes eleitorais, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais;
>
> (...)" (NR)

2.1. Competência do juiz eleitoral

Mais do mesmo, a sugestão quer tirar das mãos da Justiça Eleitoral, a competência para julgar crimes conexos comuns, na linha de uma visão que somente enxerga o processo penal pelo funil da "operação lava-jato". Vejamos o próximo e último dispositivo.

> "Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais, assim como nos recursos e na execução que lhes digam respeito, será aplicado, subsidiariamente ou supletivamente, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal." (NR)

2.2. Aplicação subsidiária do Código de Processo Penal

O fito da singela modificação é retirar da Justiça Eleitoral o julgamento de crimes conexos. Eis o texto correlato do art. 364, do Código Eleitoral, que estabelece que, "no processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem

conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar--se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal".

Durante a designada "operação lava-jato", houve desmembramento de caso de colaboração premiada, junto ao STF, para a Justiça Eleitoral, contrariando o defendido – porém ilegal (art. 76, CPP, sobre regras de conexão) e inconstitucional (juiz natural) – juízo universal (competência). Na hipótese, a suposta corrupção noticiada em delação premiada teria sido destinada à campanha eleitoral. No caso, existiriam crime eleitoral e crimes conexos que deveriam ser remetidos à Justiça Eleitoral, por ser atrativa relativamente à comum.

O julgado da Segunda Turma do STF teria prejudicado aquela pretensa universalidade do juízo curitibano, conquanto não diretamente, porque em trâmite na Suprema Corte, por envolver parlamentar federal. De acordo com a ementa do julgado, "o suposto recebimento de valores não declarados, relativos a contratos públicos, para financiamento de campanhas eleitorais, mediante a utilização do instrumento denominado 'caixa dois', configura, em tese, o crime de falsidade ideológica eleitoral estabelecido no art. 350 do Código Eleitoral, atraindo a competência da Justiça Eleitoral para julgamento deste crime e dos conexos, nos termos do art. 35, II, do Código Eleitoral e art. 78, IV, do Código de Processo Penal (CPP)"[81].

Ao que tudo indica, a modificação é casuística, rompendo com tradicional competência prevalente da Justiça Eleitoral, ressalvada pela Constituição, ao tratar da competência dos demais tribunais. Se aprovada – o que só deve ser por lei complementar –, permitirá interpretação que sustente a impossibilidade da Justiça Eleitoral julgar delitos comuns conexos aos crimes eleitorais.

No entanto, a forma de alteração não espanca todas as dúvidas, eis que o enunciado não demarca a competência da Justiça Eleitoral para julgar apenas crimes eleitorais, mas permanece autorizando a aplicação supletiva do Código de Processo Penal, omitindo, todavia, a alusão aos casos de conexão.

Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília,

81. STF – Segunda Turma – Inq 4428/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 28 ago. 2018.

2.3. Cláusula de vigência

A regra prevista é a de vigência imediata, isto é, sem lapso de *vacatio legis*. Embora destacado do projeto principal, os argumentos tecidos no tópico antecedente têm também lugar aqui, porquanto faz parte do conjunto de nome "anteprojeto anticrime".

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho do. Observações sobre a Resolução nº 181/2017 do CNMP. *Empório do direito*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/observacoes-sobre-a-resolucao-n-181cnmp-por-pierre-souto-maior-coutinho-de-amorim/>. Acesso em: 29 nov. 2017.

ARAÚJO, Fábio Roque de; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Legislação criminal para concursos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BADARÓ, Gustavo. *Cadeia de custódia e mensagens via BlackBerry: dois temas atuais e complicados*. Disponível em: <https://www.facebook.com/gustavo.badaro.1/posts/1983052101807843?__tn__=-UC-R>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BEIRAS, Iñaki Rivera. *Pena criminal*: seus caminhos e suas possíveis formas. Tradução: Denise Hammerschmidt. Curitiba: Juruá, 2012.

BELLO, Ney. A punição como necessidade: a encruzilhada da justiça criminal. *Conjur*: crime e castigo, 17 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-17/crime-castigo-punicao-necessidade-encruzilhada-jurisdicao-criminal>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal. *Genjurídico*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BLACKBERRY BRASIL. *Mensagens de texto invioláveis*. Disponível em: <https://www.blackberrybrasil.com.br/smartphone-blindado-blackberry/>. Acesso em: 26 fev. 2019.CAMARGO, Gilson. Projeto anticrime: licença para matar. In: *Extra classe*. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/exclusivoweb/2019/02/projeto-anticrime-licenca-para-matar/>. Acesso em: 13 fev. 2019.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito penal a marteladas*: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CASARA, Rubens R. R. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

CERQUEIRA, Daniel *et alii*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Atlas da Violência*: IPEA; FBSP. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Filipe. Relatório final: depois da CPI, grampo nunca mais foi o mesmo. *Conjur*, 25 abr. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-25/cpi-nao-prendeu-ninguem-expos-submundo-grampo-pais>. Acesso em: 18 fev. 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Juízes operam com conceitos velhos em um mundo novo. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/tercio-sampaio-juizes-operam-conceitos-velhos-em-um-mundo-novo-4fniz3cac3p5jpu70hzu40qnw/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

FORTE. FCS12 da Aimpoint. *Forças terrestres*: noticiário internacional. Disponível em: <https://www.forte.jor.br/2011/11/23/fcs12-da-aimpoint/>. Acesso em: 17 fev. 2019.

GLOBO. *Bandidos são mortos em confronto com a polícia em SP*. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/bandidos-sao-mortos-em-confronto-com-a--policia-em-sp/7002711/>. Acesso em: 26 fev. 2019.

GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas a legítima defesa no ‘projeto de lei anticrime’: proposta ou é supérflua, ou nociva. Em qualquer das duas hipóteses, ela não pode prosperar. *Jota*: penal em foco. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>. Acesso em: 05 mar. 2019.

HERINGER, Carolina. Equipamento israelense foi usado pela PF para extrair dados de celulares na Lava Jato. *Extra Globo*. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/equipamento-israelense-foi-usado-pela-pf-para-extrair-dados-de-celulares-na-lava-jato-19101625.html>. Acesso em: 16 fev. 2019.

JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.10, jul.-dez. 2014.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal*: estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI. In: *Temas de direito penal, criminologia e processo penal.* Ângelo Roberto Ilha da Silva (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

LOPES JR, Aury. Adoção do ‘plea bargain’ no projeto anticrime: remédio ou veneno. *Conjur*: limite penal, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal--adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 05 mar. 2019.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Jomar. Gravação em presídio: OAB defende sigilo de conversa entre advogado e preso. *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/oab-atuar-hc-stf-gravacao-conversas-entre-advogado-preso>. Acesso em: 15 fev. 2019.

MARTINS, Rui Cunha. Mapeamento processual da verdade. In: *Decisão judicial*. Geraldo Prado; Rui Cunha Martins; L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho (orgs). Madrid: Marcial Pons, 2012. p.71-86.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal*: Lei nº 12.694/2012. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PACZEK, Vítor. LOPES JR, Aury. Alteração das regras do tribunal do júri no pacote ‘anticrime’ é inconstitucional. *Conjur*: opinião, 14 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/opiniao-alteracao-regras-tribunal-juri-pacote-anticrime>. Acesso em: 05 mar. 2019.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

______. 2. ed. *Transação penal*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006.

______. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

______. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos*: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RODAS, Sérgio. Pacote “anticrime” quer permitir gravação de conversa entre advogado e cliente preso. *Conjur*: sigilo violado, 07 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-permitir-gravacao-entre-advogado-cliente-preso>. Acesso em: 06 mar. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. O projeto anticrime passaria no teste Kobayashi Maru. *Conjur*: limite penal, 01 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/limite-penal-projeto-anticrime-passaria-teste-kobayashi-maru>. Acesso em: 05 mar. 2019.

______. Proposta ‘anticrime’ de Moro despista sobre foco principal. *Emais Editora*, 18 fev. 2019. Disponível em: <https://www.emaiseditora.com.br/site/proposta-anticrime-de-moro-despista-sobre-foco-principal-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em: 05 mar. 2019

SAMUEL, Fernando Oliveira. *O problema carcerário brasileiro e o judiciário: juízes/as são agentes de segurança pública?* Reflexões sobre incoerência e alteridade. Brasília: IDP/EDB, 2017. 210f. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SEMER, Marcelo. A farsa da pátria armada. *Revista Cult*, São Paulo, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/farsa-da-patria-armada/?fbclid=IwAR0SDRkLWvB-qt-VJCnrjU2peKqMgDTIBDiQx5VCZlEvUgmQw2alKbd9FBJo>. Acesso em: 23 jan. 2019.

______. Lei anticrime de Moro é um dos documentos mais simplórios que já tive acesso. *Vice*, 04 fev. 2019. Disponível em: <https://www.vice.com/pt_br/article/wjmnmw/lei-anticrime-de-moro-e-um-dos-documentos-mais-simplorios-que-ja-tive-acesso>. Acesso em: 06 mar. 2019.

SILVA, Luciano Nascimento. *Projeto de lei anticrime*. Disponível em: <https://www.facebook.com/luciano.n.silva>. Acesso em: 06 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O “pacote anticrime” de Sérgio Moro e o martelo dos feiticeiros. *Conjur*: senso incomum, 07 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>. Acesso em: 06 mar. 2019.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

WALSH, Dylan. Por que os tribunais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining? *Limite penal*. Tradução: Aury Lopes Jr. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>. Acesso em: 16 fev. 2019.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão, com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

______. *A questão criminal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018.